Seconde partie

Les enjeux d'une question en devenir

TITRE 1 - QUELLES METHODES DE REALISATION DES DROITS SOCIAUX ?

Comment le juge met-il en œuvre les droits sociaux ? La question, par sa généralité, appelle des réponses variables, selon les juridictions étudiées. Car si l'approche comparatiste (Chapitre 1) révèle des approches comparables, autour de la formation de standards commun (Section 1) ou de stratégies judiciaires bien identifiables (Section 2), le droit français offre des enseignements originaux (Chapitre 2), pour peu qu'on examine attentivement certaines procédures, qu'il s'agisse du contentieux de l'urgence (Section 1) ou de ceux relatifs au droit au séjour des étrangers ou des garanties des salariés (Section 2).

Chapitre 1 - Droit compare

Section 1
Standards jurisprudentiels et controle de l'obligation etatique en droit compare : une geometrie variable

Isabelle Boucobza & David Robitaille

L'étude comparative menée dans le cadre du programme de recherche sur la justiciabilité des droits sociaux a permis d'identifier des techniques souvent très proches qui sanctionnent le respect par le législateur étatique de « standards jurisprudentiels ». Ces standards, entendus ici comme des définitions matérielles des obligations étatiques, que les juges tirent des textes constitutionnellement consacrés, servent ensuite de fondement pour évaluer les actions et les omissions législatives.

Cette contribution propose de présenter la façon dont les juges parviennent à la formulation de ces normes, dont ils organisent aussi le contrôle à partir de méthodes ou de formes de décisions dont certaines ont été spécifiquement inventées pour la protection des droits sociaux. Il faut cependant noter que ces mêmes techniques peuvent parfois servir l'effet inverse de non protection ou d'abaissement du niveau de protection ; elles sont alors associées soit avec des arguments spécifiques qui servent à justifier la non protection ou l'abaissement du niveau de garantie, soit avec des arguments qui peuvent sembler identiques comme le caractère « raisonnable » d'un balancement entre deux principes.

La formulation des standards jurisprudentiels apparaissant en même temps que la mise en œuvre des techniques juridictionnelles qui visent à les protéger, il est apparu opportun de distinguer entre les techniques juridictionnelles elles-mêmes (I) et les arguments qui sont utilisés pour les justifier(II).

I. Les techniques juridictionnelles de protection des droits sociaux

On concentrera ici l'attention sur deux aspects de la question des techniques à travers lesquelles les juges formulent, ou au contraire se refusent à formuler, des standards jurisprudentiels : d'abord le recensement des techniques elles-mêmes (A), ensuite l'intensité des contrôles (B).

A. Les techniques recensées

1) La mise en place de « seuils » de protection : des jurisprudences ambigües

a. Les équivoques sur l'existence d'une « obligation de non rétrogression »

« *Encliquetage* » ou « *standill* » dans le droit belge, jurisprudence du « *cliquet* » dans le droit français, ces expressions ont toute en commun avoir été forgées par la doctrine pour commenter et interpréter une jurisprudence qui a généré de nombreuses équivoques. En effet, lorsqu'il est compris comme un principe d'interdiction de régression sociale, autrement dit comme la reconnaissance d'acquis sociaux irréversibles, ou encore de droits intangibles, ce principe ne reçoit aucune confirmation dans les décisions de juridictions constitutionnelles[727].

Cette interprétation optimiste en France de la décision du Conseil constitutionnel de 1984 « Entreprise de presse » qui pose que « le pouvoir législatif ne peut réglementer l'exercice de la liberté de communication des pensées que dans le but de le rendre plus effectif » a été à la fois confirmée dans son principe – celui de l'obligation faite au législateur de rendre les droits effectifs – et en même temps infirmée puisque les décisions postérieures n'ont pas exigé que le législateur garantisse un droit à un toujours mieux (ou à plus d'effectivité), ni même au maintien de l'acte législatif existant. La formule issue de la décision de 1986 « régime de Presse où le Conseil constitutionnel pose en effet que « si le législateur peut librement abroger ou modifier des dispositions législatives antérieures, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de « garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »[728] semble réduire l'obligation du législateur au maintien d'une réglementation, quel que soit son contenu[729]. Il paraît difficile d'y voir une sorte de constitutionnalisation de toute

---

[727] V. Isabelle HACHEZ, « La reconnaissance jurisprudentielle du principe de Standtill en droit belge », in Julia ILIOPOULOS-STRANGAS et Theunis ROUX, dir., *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux*, Athène/Ant. N. Sakkoulas, Bruxelles/Bruylant, 2008, pp. 200-201.

[728] CC, n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, Régime de la presse.

[729] Il s'agit également de l'obligation minimale à laquelle est assujetti le gouvernement canadien en vertu des droits économiques et sociaux reconnus dans la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429 (Canada, C.S.) [*Gosselin (Cour suprême)*], par. 87 à 96.

avancée dans la réalisation des droits sociaux ou alors faudrait-il peut être parler plus justement d'une cristallisation constitutionnelle relative.

Formulée par les textes constitutionnels eux-mêmes, l'idée d'une obligation de non rétrogression peut alors s'entendre dans deux sens : soit comme une interdiction de révision constitutionnelle, le droit ne serait pas même attaquable par le législateur constitutionnel ; soit comme la formulation d'une interdiction de toucher à une définition « minimale » ou « essentielle » du droit[730] ou autrement dit, à la définition d'un contenu prioritaire des droits sociaux, qui constitue effectivement une technique de mise en œuvre juridictionnelle de seuils de protection, formellement identifiable dans différentes jurisprudences constitutionnelles, mais non dénuée d'ambiguïtés.

b. La définition d'un premier niveau de l'obligation de protection : le contenu minimum essentiel d'un droit

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies estime que les États parties au PIDESC ont l'obligation fondamentale de garantir le niveau minimal de tous les droits reconnus par le traité de façon à assurer à tous les besoins essentiels à une vie digne[731].

Ainsi, le CoDESC a par exemple déterminé *le contenu minimum du droit à un niveau de vie suffisant* reconnu au paragraphe 11 du PIDESC. Cette disposition précise que le droit à un niveau de vie suffisant protège le droit à un logement décent, lequel doit notamment comprendre l'eau potable, l'électricité, les installations sanitaires et un espace suffisant[732], à un coût correspondant à une fraction raisonnable du revenu de ses habitants[733], ainsi que le droit à une nourriture saine et propre à la consommation, à des prix raisonnables[734].

En droit national, la formulation d'un «*contenu* » « *minimal* » ou « *essentiel* », parfois également exprimé comme celle d'un « *noyau dur* » d'un droit, apparaît comme une limite à la modification législative. Or, cette formule est ambigüe : dans la mesure où elle s'applique à des dispositions qui impliquent la mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire d'un choix de moyens pour le législateur afin d'atteindre une fin plus ou moins définie, elle peut donner lieu à plusieurs interprétations qui seront vues comme étant plus ou moins favorables à la protection des droits sociaux. Ainsi, elle peut être entendue :

- d'un point de vue purement formel comme une simple habilitation législative, c'est l'idée déjà évoquée d'un traitement législatif quel que soit son

---

[730] Ainsi, l'affirmation répétée dans la jurisprudence constitutionnelle italienne du caractère « inviolable » des droits fondamentaux présente suffisamment d'ambigüités pour être comprises dans les deux sens et justifier ces deux formes de protections (v. *infra*).
[731] V. *supra*, Sophie GROSBON.
[732] *Ibid.*, par. 8 (b), (d) et (e).
[733] *Ibid.*, par. 8(c).
[734] Observation générale 12, art. 8, 13.

contenu. Le législateur doit légiférer, au-delà de cette obligation, il est absolument libre.

- d'un point de vue formel et matériel : elle combine alors l'habilitation législative et la définition d'un contenu prioritaire des droits sociaux qui sera plus ou moins contraignant et plus ou moins protecteur.

On trouve une illustration de la conception purement formelle de la notion dans le droit canadien, et plus précisément dans l'interprétation donnée à la Charte québécoise[735]. Les droits économiques et sociaux reconnus dans la *Charte québécoise* imposeraient au gouvernement l'obligation de les rendre effectifs par l'adoption, par exemple, d'un régime législatif. L'« effectivité » dont il est ici question s'entend, évidemment, d'effectivité minimale ou purement formelle dans la mesure où les tribunaux n'exerceront aucun contrôle sur la suffisance de la loi, leur pouvoir se limitant à constater l'existence d'un tel régime ou, à défaut, a déclarer que l'omission du législateur à mettre un droit social donné en œuvre ne respecte pas la *Charte*. Dans ce dernier cas, la constatation de la Cour demeurera purement formelle puisque le juge ne dispose pas du pouvoir de contraindre le gouvernement à faire quoi que ce soit pour y remédier.

La conception formelle et matérielle quant à elle prend forme dans l'expression de *standards*, qui pourront aller vers le haut mais qui ne pourront pas tendre vers le bas. Dans cette seconde hypothèse, l'accent est mis sur la définition juridictionnelle du droit : il s'agit ni plus ni moins pour le juge que de formuler explicitement les obligations « minimales » « essentielles » qui découleraient de la consécration constitutionnelle d'un droit social. On touche ici une question très controversée puisque cette technique apparaît comme un remède juridictionnel au caractère insuffisamment précis ou vague de la formulation d'un droit social. On sait en effet toutes les conséquences que la doctrine a traditionnellement tiré de cette imprécision pour justifier la faible justiciabilité des droits sociaux, l'imprécision, le caractère programmatique mettant en cause jusqu'à à l'existence même d'un droit justement parce que sa définition dépendrait exclusivement de la volonté discrétionnaire du législateur. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles la Cour constitutionnelle sud-africaine, dans l'interprétation des droits économiques et sociaux reconnus par la *Constitution de 1996*, a refusé de transposer dans le droit interne le concept de notion minimal ou essentiel développé en droit international. La Cour estime que le contenu des droits sociaux est trop variable ou indéterminé pour faire l'objet d'une définition précise, et que tel n'est pas son rôle.

En formulant une définition, l'interprète authentique « prend le pouvoir » et donne au droit un contenu, c'est-à-dire qu'il tranche la question controversée.

[735] Canada, C.S., Gosselin, précit., par. 86-88.

Il dit ce que dit le droit social[736], il énonce au législateur les obligations auxquelles son pouvoir discrétionnaire ne peut dès lors déroger en explicitant les finalités qu'il doit nécessairement atteindre et qui détermineront avec plus ou moins d'amplitude l'éventail des moyens à sa disposition.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne en offre de nombreuses illustrations : il faut noter que la Constitution italienne comporte un catalogue important de droits sociaux et la Cour a fait preuve d'un activisme marqué pour assurer leur protection. Ceci explique que la question d'une mesure minimale des droits sociaux n'apparaisse qu'au début des années 1990 dans sa jurisprudence. Elle a d'ailleurs été critiquée par certains auteurs en Italie car elle a été vue comme une technique d'abaissement du niveau de protection de certains droits sociaux, comme une modalité retour en arrière, expression d'un *self restraint* du juge[737]. La définition de ce contenu minimum essentiel des droits sociaux coïncide en effet avec une période de compression des ressources financières de l'Etat et de pression sur les critères d'équilibre budgétaire, notamment en liaison avec l'engagement de l'Italie dans l'Union européenne. Dans la décision 992/1988, la Cour déclare inconstitutionnelle une disposition législative *qui ne prévoyait pas* le remboursement par le service national de santé des frais coûteux de diagnostic spécialisé effectué par des laboratoires privés non conventionnés mais qui étaient les seuls à disposer du matériel nécessaire à la réalisation d'examens indispensables pour le patient. En censurant cette disposition, elle signifiait donc au législateur qu'il n'était pas libre de déterminer le contenu de ce droit et qu'en l'espèce, les mesures adoptées n'étaient pas suffisantes pour respecter le droit à des prestations sanitaires. Pour la Cour, l'article 32 de la constitution qui énonce le droit à la protection de la santé contient celui de pouvoir accéder à des prestations indispensables dès lors que la technologie le permet. Selon une jurisprudence désormais abondante et constante, le juge constitutionnel italien a établi qu'aucun droit fondamental ne peut être compressé ou limité au point que son contenu minimum essentiel en soit compromis ou risque de l'être.[738]

Il faut encore signaler qu'aujourd'hui la notion de contenu minimal essentiel des droits sociaux semble toujours plus liée à la question des disponibilités financières dans une conjoncture économique défavorable. Or, ce

---

[736] Bien entendu, il faudra s'interroger sur la façon dont les juges justifient cette interprétation non seulement en sollicitant des arguments tels que nature juridique, intention du constituant etc…mais également en prétendant que le droit est doté d'un contenu propre prédéterminé (voir *infra* II) Pour une analyse plus approfondie, v. David ROBITAILLE, « L'interprétation en théorie du droit comparée : *entre la lettre et l'esprit*. Discussion autour d'auteurs américains, anglais, belges, canadiens et français », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2007, vol. 119, p. 1145 ; v. également Isabelle BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle, contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, Collection nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, 2005.

[737] Carmela SALAZAR, Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto, Torino, 2000, p. 131.

[738] V. parmi d'autres les décisions 455/1990, 247/1992, 218-304/1994, 416/1995, 27-185-267/1998, 309/1999, 509/2000, 432/2005.

balancement entre ressources financières disponibles et droit donne des résultats contraires au principe d'interdépendance et d'indivisibilité de tous les droits et libertés, puisque il emporte une hiérarchisation entre les droits sociaux. Carmela Salazar[739] souligne ainsi que, dans la jurisprudence italienne, la technique du contrôle minimum aurait donné au droit à la santé une position de droit préféré par rapport aux droits des travailleurs.

Selon certains, les contraintes budgétaires ne devraient pas entrer en jeu à l'étape de la « détermination » du contenu essentiel des droits sociaux mais plutôt à celle consistant à vérifier si le gouvernement pouvait raisonnablement manquer à son obligation[740]. Toutefois, l'exemple italien montre que c'est précisément au moment où la Cour s'est montrée plus sensible à l'argument de la compétence budgétaire du Parlement et de la disponibilité des ressources financières qu'elle a fait appel à la notion.

Enfin, à la pluralité des lectures possibles des décisions on doit ajouter des difficultés d'ordre terminologique : d'abord, il faut souligner que les expressions de « continu minimal », de « contenu essentiel » ou de « noyau essentiel » ne sont pas dépourvues d'ambiguïtés. Notamment on peut se demander si les notions de « contenu essentiel » et de « contenu minimal » sont synonymes. Ensuite, la terminologie n'est pas figée et de nouvelles expressions apparaissent : « exigences minimum de protection »[741], « noyau indéfectible des garanties »[742].

2) Le recours à d'autres droits ou l'interprétation « perméable » des droits à la vie, à la sécurité ou à l'égalité

Une autre technique fréquemment utilisée est le recours à d'autres droits et libertés fondamentaux qui, interprétés largement, pourraient inclure certains droits économiques et sociaux[743]. Au Canada, comme la constitution ne garantit aucun droit socioéconomique, les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne*, qui reconnaissent respectivement le droit à la vie et à la sécurité et le droit à l'égalité, ont été mobilisés afin de faire reconnaître, notamment, le droit à un niveau de vie suffisant ainsi que le droit à l'égalité réelle. Il a ainsi été soulevé que pour bénéficier d'une sécurité, d'une vie ou d'une égalité véritable, un certain niveau de protection sociale était nécessaire, sans quoi ces valeurs ou

---

[739] Carmela SALAZAR, Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche
decisorie della Corte costituzionale a confronto, précit., p. 3.

[740] David BILCHITZ, « Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core : Laying the Foundations for Future Socio-economic Rights Jurisprudence », S.A.J.H.R., 2003 (19), Johannesburg, 1, pp.22-23 ; « Giving Socio-economic Rights Teeth : The Minimum Core and its Importance », S. African L.J., 2002 (119), 484, p. 496; Laurence GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2007, p. 654.

[741] V. arrêt n° 202/2008.

[742] V. arrêt n° 80 de 2010.

[743] Pour de plus amples détails, v. Diane ROMAN, *infra.*

droits seraient superficiels ou incomplets[744]. Les tribunaux canadiens se sont cependant montrés très hésitants à se prononcer sur les choix socioéconomiques du gouvernement et à intervenir dans un domaine qui, selon eux, relève de la politique[745]. Il faut reconnaître également que la *Charte canadienne* n'est pas la plus progressiste des constitutions et que son objectif n'était pas tant d'assurer une plus grande justice sociale mais plutôt la préservation de l'autonomie et de la liberté individuelles (*formelles*). La technique a connu un plus grand succès dans la jurisprudence de la Cour suprême indienne, cette dernière reconnaissant, sur le fondement d'une conception globale du droit à la vie, plusieurs droits économiques et sociaux[746]. Pourtant, la Constitution indienne contient un chapitre distinct consacrant des principes socioéconomiques que le constituant a expressément prévu comme étant non-justiciables. Il est probable que la Cour suprême ait néanmoins eu recours à une interprétation large du droit à la vie – poussant ainsi plus loin les frontières de la séparation des pouvoirs judiciaire et législatif –, afin de pousser le gouvernement à agir pour faire diminuer la grande pauvreté qui affecte plusieurs citoyens. Il a en effet été remarqué que la jurisprudence la plus progressiste de la Cour a été développée dans les années 1990, alors que le gouvernement indien mettait sur pieds des politiques de libéralisation des marchés et d'ajustements structurels ayant pour effet d'augmenter la pauvreté des personnes les plus pauvres[747]. La réussite de cette technique est donc tributaire de la façon dont le juge conçoit les droits à la vie, à la sécurité ou à l'égalité (conception *substantielle* vs. *formelle* de la vie, de la sécurité ou de l'égalité) et du contexte dans lequel est interprétée la norme constitutionnelle.

Dans certaines décisions, la Cour constitutionnelle italienne associe un droit social avec un droit ou principe tel que celui de la dignité humaine[748] . Mais le droit « classique » auquel la Cour fait le plus souvent appel, en le combinant avec les dispositions qui protègent les droits sociaux, est sans conteste le droit à

---

[744] V. notamment les motifs dissidents de la juge ARBOUR dans l'arrêt *Gosselin* (Canada, C.S.), *supra*, par. 307-394.

[745] Pour une analyse plus détaillée de la jurisprudence canadienne, v. notamment Jamie CAMERON, « Positive Obligations Under Sections 15 and 7 of the *Charter* : A Comment on *Gosselin v. Québec* », Sup. Ct. L. Rev. (2d), 2003 (20), Toronto, 65 ; Angus GIBBON, « Social Rights, Money Matters and Institutional Capacity », Revue nationale de droit constitutionnel, 2003 (14), Scarborough (Canada), 353 ; Martha JACKMAN, « *Charter* Equality at Twenty : Reflections of a Card-carrying Member of the Court Party », Revue nationale de droit constitutionnel, 2006 (20), Scarborough (Canada), 115 ; Martha JACKMAN, « Poor Rights : Using the *Charter* to Support Social Welfare Claims », Queen's L. J., 1993 (19), Kingston (Canada), 65 ; Natasha KIM et Tina PIPER, « Case Comment. *Gosselin* v. *Quebec* : Back to the Poorhouse... », Revue de droit de McGill, 2003-2004 (48), Montréal, 749 ; David ROBITAILLE, « Non-universalité, illégitimité et sur-complexité des droits économiques et sociaux : des préoccupations légitimes mais hypertrophiées. Regard sur la jurisprudence canadienne et sud-africaine », (2008) 53 Revue de droit de McGill 243.

[746] Pour de plus amples détails sur la jurisprudence indienne, v. Diane ROMAN, *infra* et David ROBITAILLE, *supra*.

[747] V. David ROBITAILLE, « L'influence du contexte économique et idéologique sur la conception de l'être humain par le droit et le juge constitutionnels : les cas canadien, indien et sud-africain », *Revue canadienne droit et société /Canadian Journal of Law and Society*, à paraître.

[748] Ex. Arrêt n° 252/2001.

l'égalité, consacré dans l'article 3 de la constitution. Sur son fondement, deux types de contrôle se sont développés : le premier est présenté comme un contrôle de « rationalité » ou de « cohérence » permettant de sanctionner une disparité de traitement. Sa particularité résiderait dans son caractère « ternaire »[749] : la disposition constitutionnelle dont on dénonce la violation est évidemment l'art. 3, mais la violation elle-même dériverait de la disparité de traitement réalisée par la loi dont la constitutionnalité est discutée par rapport à ce qui est fait par une autre loi utilisée comme *point de comparaison (tertium comparationis)* pour une catégorie de sujets semblables. La Cour apprécie alors le caractère « raisonnable », « rationnel » ou « cohérent » - ces différents termes ne faisant pas l'objet d'un usage rigoureux de la part du juge - de la différence de traitement. Ce type de jugement en matière de droits sociaux a donné lieu à des sentences très incisives à l'égard du pouvoir du législateur puisqu'elles consistent en *une addition de prestation* : lorsqu'il juge une différence de traitement discriminatoire - la loi a traité de façon différente des personnes qui se trouvaient dans une situation identique à celles qui étaient protégées par l'autre loi , le juge constitutionnel n'a pas hésité à étendre le bénéfice d'une prestation à une catégorie qui en était illégitimement exclue[750]. Cependant le recours au principe d'égalité peut également conduire au retrait d'une prestation. Ainsi, la Cour, au lieu d'intervenir pour étendre le bénéfice d'un dispositif à d'autres catégories de sujet, a, dans certains cas, décidé de supprimer un privilège jugé irraisonnable, réalisant ainsi un nivellement vers le bas[751].

Le second type de contrôle est présenté comme un contrôle de « *raisonnabilité* » dont la particularité serait d'être binaire, il confronte la loi au principe d'égalité –, et consisterait essentiellement en une sorte d'examen des raisons d'être de la loi, de son caractère non arbitraire, au sens où les intérêts qu'elle protège sont raisonnablement compatibles avec les valeurs de la constitution ou qu'ils sont le fruit d'un « balancement raisonnable » entre elles.

Malheureusement, la distinction théorique et doctrinale entre ces deux types de contrôle se heurte à la réalité jurisprudentielle où il est bien difficile de les isoler. La Cour Sud africaine pratique également ces jugements de raisonnabilité qui méritent donc des développements spécifiques.

---

[749] Alfonso CELOTTO, « Egualianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana », Biblioteca juridica virtual del instituto de investigaciones juridicas de la UNAM, www.bibliojuridica.org/libros/6/2557/11.pdf.
[750] Parmi tant d'autres, v. par exemple l'arrêt de 1974 n° 230, pour plus d'illustrations présentées en français, v. Jean-Jacques PARDINI, Le juge constitutionnel et le fait en Italie, Economica, 2001
[751] Arrêt n° 421/1995, Giur. Cost. 1995, p. 3237 et s.

3) Les « jugements de raisonnabilité » : des contrôles de « l'excès de pouvoir législatif » ?

a. Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne

Du côté de la Consulta, le principe d'égalité s'est progressivement transformé en principe de *raisonnabilité*, c'est à dire en une sorte de « clause générale » qui permet la limitation des choix législatifs à partir de l'examen de la légalité, de la cohérence, de la proportionnalité de la mesure retenue dans la loi au regard des objectifs de celle-ci mais également des valeurs défendues par le système juridique. Cette diffusion du contrôle de *raisonnabilité* qui n'est donc pas spécifique aux droits sociaux[752] pose souvent des difficultés de lecture : d'abord parce que cette jurisprudence serait devenue par sa densité tout à fait « ingérable »; ensuite parce que la systématisation doctrinale, elle-même victime du succès de la « raisonnabilité », fait peut être courir le risque de mettre de l'ordre là où il n'y en a pas.

Ces précautions prises, il n'en demeure pas moins possible de percevoir que, par cette technique, la Cour procède ni plus ni moins à ce que l'on coutume d'appeler en droit administratif un contrôle de « *l'excès de pouvoir* », en l'occurrence, législatif.

Ainsi, dans la décision n. 421 de 1991, la Cour déclare l'inconstitutionnalité de la disposition qui prévoit, qu'en cas de transformation du contrat de travail d'un temps plein à un temps partiel et *vice versa*, le montant de l'indemnité de fin de contrat est calculée sur la base de la rétribution correspondant aux douze derniers mois de service. Cette disposition est jugée contraire à l'article 3 de la Constitution tant du point de vue du principe d'égalité que de celui du principe de rationalité. Sur le premier point, elle traite en effet de façon identique des situations différentes, ce qui crée un désavantage pour l'individu qui a travaillé à temps partiel seulement dans sa dernière année de contrat et, en même temps, une situation avantageuse mais injustifiée pour celui qui a donné un service à temps complet dans sa dernière année. Sur le second point, c'est parce que l'indemnité est liquidée sur la base d'une rétribution réduite en cas de travail à temps partiel, même pour les années de services effectuées à temps plein, sans tenir compte que pour ces années, l'employeur et le salarié ont versé une contribution proportionnelle à l'entière rémunération, que la loi est censurée. La démarche de la Cour ici est parfaitement bien illustrée : elle sanctionne la violation de l'égalité – raisonnabilité, la norme en cause introduit un traitement égal de situations différentes, mais elle exprime également un jugement sur la *rationalité intrinsèque* de la disposition.

Le juge impose ainsi au législateur une obligation de cohérence qui s'applique à la logique interne des textes contrôlés mais également aux secteurs

[752] Andrea MORRONE, Il custode della ragionevolezza, Milano, ed. Giuffrè, 2001.

juridiques auxquels ils appartiennent. On peut aussi y voir une exigence de conformité à des principes de justice et d'équité qui fonctionnent comme critères de jugement de la « *raisonnabilité extrinsèque* » : le juge constitutionnel observe la conformité du dispositif avec les raisons et les valeurs qui fondent l'entier système constitutionnel.

Cette dernière déclinaison de la raisonnabilité peut être illustrée avec une décision de la Cour constitutionnelle relative aux discriminations fondées sur la citoyenneté pour la jouissance de prestations sociales : une disposition de la loi régionale lombarde est jugée contraire au principe d'égalité. Elle garantissait la circulation gratuite dans les transports régionaux, non à toutes les personnes résidentes en Lombardie et qui souffrent d'une invalidité égale à 100%, mais seulement à celles qui ont la nationalité italienne. La Région justifie la discrimination en retenant que les prestations de transport gratuites mises en place allaient bien au-delà des niveaux essentiels de prestations et qu'elles constituaient en cela des prestations « facultatives » qui devaient respecter les exigences de l'équilibre budgétaire. Si la Cour estime correcte dans son principe cette ligne de défense, elle la juge tout à fait hors de propos en ce qui concerne la disposition en cause.

« Le fait que la Région ait introduit un régime de faveur qui sans aucun doute excède les limites de "l'essentiel" (…) n'exclut en aucune manière que les choix liés à la désignation des bénéficiaires – qu'il faut nécessairement circonscrire en raison du caractère limité des ressources financières – doivent être opérés, toujours et en tout état de cause, dans le respect du principe de raisonnabilité ; en effet, le législateur étatique ou régional ne peut introduire des régimes différenciés, concernant le traitement à réserver aux individus, qu'en présence d'une "cause" normative non manifestement irrationnelle ou arbitraire ». Si la Cour juge que le critère de résidence n'est pas déraisonnable dans le cadre d'une réglementation régionale, en revanche elle rejette le critère de la citoyenneté « condition ultérieure, peu pertinente et incohérente par rapport à une mesure sociale qui fait des invalides à 100% la catégorie des bénéficiaires ». Soulignant que sa jurisprudence a rappelé à plusieurs reprises au législateur le principe fondamental et indérogeable de non discrimination sur la base de la citoyenneté à l'égard des prestations sociales quelles qu'elles soient, la Cour fait de ce principe « le modèle sur le fondement duquel elle calibre son jugement de raisonnabilité » et précise : « tout choix du législateur qui introduirait des régimes dérogatoires à ce principe doit présenter dans sa structure normative même une spécifique transparente et rationnelle 'cause justificatrice' en mesure « d'expliquer » sur le plan constitutionnel, les « raisons posées au fondement de la dérogation » (432/2005). Enfin, cette technique du jugement de raisonnabilité se présente également comme une méthode de balancement entre des intérêts, des droits et des valeurs protégées par la constitution. Parmi ces valeurs, en matière de droits sociaux, on trouve notamment, dans une jurisprudence de 1990 (n° 260), celle de « l'équilibre financier.

Ces divers jugements de raisonnabilité conduisent à des résultats très différents du point de vue de leur intensité. Comme le contrôle de l'excès de pouvoir en droit administratif, l'intensité variable auquel il peut donner lieu prend toute son importance en matière de droits sociaux. En effet, le contrôle de *raisonnabilité*, lorsqu'il porte sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du législateur, peut conduire le juge à exercer un contrôle en profondeur des décisions du législateur, si pénétrant qu'il peut aboutir à la substitution de ses choix.

b. Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine

Dans l'arrêt *Government of the Republic of South Africa* c. *Grootboom*[753], la Cour constitutionnelle sud-africaine a élaboré ce que plusieurs considèrent comme une approche inspirée du droit administratif[754], en vertu de laquelle le rôle du tribunal est de vérifier si les politiques publiques sont cohérentes, rationnelles et suffisamment équilibrées entre la poursuite d'objectifs – et la satisfaction corollaires de besoins – à court, à moyen et à long terme[755]. Cette norme de contrôle est en soi très floue et c'est pourquoi la Cour a tenté de la préciser en spécifiant que des politiques qui omettent de tenir compte des besoins prioritaires et de la grande pauvreté dans laquelle vivent certains groupes de personnes seront souvent jugées déraisonnables[756].

Contrairement au concept de noyau minimal que la Cour a rejeté[757], cette norme de raisonnabilité n'oblige pas l'État à satisfaire les besoins essentiels de *tous* avant de viser la réalisation d'autres objectifs à moyen ou à long terme. S'il est par ailleurs difficile de déterminer de manière précise et prévisible la mesure dans laquelle une politique doit tenir compte de la situation des plus défavorisés pour être raisonnable, la Cour indique néanmoins que des programmes qui omettent de prioriser les besoins minimaux *d'un trop grand nombre de personnes* seront jugés inconstitutionnels[758]. C'est sur la base de ce test que la Cour constitutionnelle jugea arbitraire une politique en matière de logement dont les ressources étaient concentrées vers la construction de logements sociaux, un objectif à moyen sinon à long terme[759], et qui ne prévoyait aucune mesure pour alléger la misère des demandeurs qui, occupant des bidonvilles, vivaient dans des conditions extrêmement difficiles[760]. C'est également en fonction de cette norme que la Cour jugea arbitraire une politique en vertu de laquelle l'État limitait de façon importante l'accessibilité publique à un médicament susceptible de prévenir la transmission du VIH entre une mère et

---

[753] [2001] 1 S. Afr. L.R. 46 (S. Afr. Const. Ct.) (ci-après *Grootboom*).
[754] V. not. Alana KLEIN, « Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights », *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 2007-2008 (39), New York, 351, pp. 374-385.
[755] *Grootboom*, *supra*, par. 43.
[756] *Ibid.*, par. 44.
[757] *Ibid.*, par. 32, 35 et 37.
[758] *Ibid.*, par. 43, 52-69.
[759] *Ibid.*, par. 51-52, 63 et 64.
[760] *Ibid.*, par. 7, 52-69.

son enfant et qui était offert gratuitement par le fabricant pour une période de cinq ans[761].

B. Des techniques de contrôle à intensité variable

Comme nous venons de le voir, la Cour constitutionnelle sud-africaine a élaboré une méthode de justiciabilité des droits économiques et sociaux que plusieurs considèrent comme une étant inspirée du droit administratif, en vertu de laquelle le rôle du tribunal est de vérifier si les politiques publiques sont cohérentes et rationnelles. Traditionnellement, en droit administratif, on oppose l'hypothèse dans laquelle le contrôle est normal parce que la compétence de l'administration serait liée à celle d'un contrôle restreint dans laquelle la compétence ne le serait pas. On ajoute enfin à un troisième cas de figure dans lequel le pouvoir discrétionnaire mis en œuvre devrait faire l'objet d'un contrôle maximum (contrôle de proportionnalité) en raison du domaine qu'il touche, celui des droits et libertés.

Toutefois, on connaît aussi le caractère incertain de ces distinctions qui reposent essentiellement sur des tentatives de systématisations qui ne rendent pas suffisamment compte du rôle essentiel du juge dans la décision de considérer qu'il se trouve bien face à un pouvoir discrétionnaire. Cette interprétation a des conséquences pourtant déterminantes : elle peut laisser penser que l'autorité compétente, ici le législateur, est dotée d'un « simple » pouvoir discrétionnaire, ce qui justifie du même coup un contrôle restreint. En revanche, lorsque le pouvoir mis en œuvre est supposé lié (ce qui pose de redoutable difficulté de démonstration dans le domaine des droits sociaux) parce que tenu de respecter des droits sociaux au contenu déterminé, un contrôle maximum s'imposerait.

1) Contrôle restreint : l'indice d'une intervention législative dans un domaine de « non droits-sociaux» ?

Cette hypothèse concerne les cas où le pouvoir discrétionnaire du législateur s'exprime par la mise en œuvre de « politiques sociales » qui mettent en balance droits fondamentaux, notamment droits civils et politiques et « intérêts sociaux », ou encore des « objectifs à valeur constitutionnels » ou encore des « exigences constitutionnelles », selon les termes que l'on trouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. Dans ce cas, le pouvoir discrétionnaire du législateur ne serait pas limité par un contenu prédéterminé d'un droit social : il devrait plutôt mettre en œuvre les moyens de réaliser un objectif, un programme, sans remettre en cause les droits fondamentaux. Le juge se borne alors à un contrôle de « l'irraisonnabilité », *i.e.* à l'erreur manifeste d'appréciation, « erreur grossière » que le législateur aurait pu commettre dans

[761] *Minister of Health c. Treatment Action Campaign*, [2002] 5 S. Afr. L.R. 721 (S. Afr. Const. Ct.), par. 2-4, 17, 19, 57, 70, 92-95 et 135 (ci-après *Treatment Action Campaign*).

le balancement entre les moyens mis en œuvre pour réaliser l'objectif et les droits civils et politiques concernés.

Ainsi, en France, dans la décision du Conseil Constitutionnel 2004-504 sur la loi relative à l'assurance maladie, le principe de protection de la vie privée a été confronté à celui de la protection de la santé publique : le Conseil a conclu à une conciliation qui n'apparaissait pas « manifestement déséquilibrée. »

2) Contrôle normal et/ou maximum : les techniques palliatives de la carence législative

Ce type de contrôle postule pour le juge l'existence d'un droit social, et précisément d'un contenu normatif. C'est à cette condition que le juge peut dénoncer et sanctionner la carence du législateur.

La Cour constitutionnelle italienne a inventé des formes très variées de décisions – interprétatives, « manipulatives » pour pallier cette carence. Elles vont de la recommandation formulée au législateur à la sanction de la mise en œuvre partielle inconstitutionnelle d'un droit social (215/1987), en passant par l'admission provisoire de la constitutionnalité d'un dispositif (826/1988). Parmi cet éventail non exhaustif, on a déjà parlé des décisions « *additives de prestation* ». Coûteuses pour le budget de l'Etat, elles ont été très critiquées et ont progressivement laissé la place à des décisions additives « de principe », jugées plus respectueuses du pouvoir discrétionnaire du législateur. Si la naissance de cette technique est associée à l'exigence de respect du pouvoir discrétionnaire du législateur pour la détermination des ressources financières disponibles, le juge n'a pas pour autant renoncé à la définition du droit social. Par cette technique, il déclare l'inconstitutionnalité de la loi là où elle ne prévoit pas quelque chose qu'elle aurait du prévoir, mais au lieu d'ajouter la règle qui fait défaut, il ajoute un principe dont le législateur devra s'inspirer pour que sa législation soit conforme à la constitution, mais dont le juge *a quo* peut également faire usage pour résoudre le cas qui lui est soumis. En cela, elle est vue comme une solution qui n'est pas « auto applicative »[762]. En 1988 (arrêt n° 497) la Cour fournissait une sorte de mode d'emploi de ce type de décision : « la déclaration d'inconstitutionnalité d'une omission législative (…) alors qu'elle laisse au législateur, dont on reconnaît l'indéniable compétence pour introduire et réglementer des mécanismes de protection, même rétroactivement au moyen de normes abstraites, propose elle-même, dans l'attente de l'intervention

[762] Il existe au Canada une sanction similaire, soit le *jugement déclaratoire*. Les juges y ont recours lorsque l'interprétation d'un droit fondamental n'est pas encore bien établie mais le devient dans un litige à l'issu duquel il est déclaré que l'État n'a pas respecté le droit en question. Dans ce contexte, les tribunaux déclarent ou constatent, un peu symboliquement, la violation du droit tout en laissant au législateur le soins d'apporter la solution qu'il estime appropriée afin de se conformer à la constitution. Au Canada, dans le domaine des droits et libertés, la Cour suprême a notamment utilisé cette sanction dans le contexte du seul véritable droit « positif » ou droit « créance » reconnu dans la *Charte canadienne*, soit le droit à l'instruction dans la langue de la minorité francophone ou anglophone dans une province donnée. V. *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342 (Cour suprême du Canada).

législative, un principe auquel le juge de droit commun est habilité à faire référence pour remédier à la carence de règle par la voie de la solution du cas individuel et concret qui lui est présenté. ». Deux techniques sont donc ici combinées : le recours à un principe formulé par le juge et le contrôle de raisonnabilité sur le fondement de ce principe. Dans ce dispositif, l'alliance entre les juges ordinaires et le juge constitutionnel joue un rôle essentiel. Pour C. Colapietro, cette technique a été vue comme une tentative du juge constitutionnel de poursuivre - à travers la formulation de conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire du législateur une politique extensive des droits sociaux, en s'érigeant ainsi comme l'unique défenseur de cet Etat social mis en danger, non seulement par une grave crise économique mais également par une politique législative caractérisée par des coupes dans les dépenses qui s'appliquent au premier chef au détriment des conquêtes sociales perpétuées pendant des années[763].

Dans la mesure où la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine n'en est encore qu'à ses premiers balbutiements, ses types d'interventions ne sont pas aussi variés que ceux de la Cour constitutionnelle italienne. Jusqu'à présent, bien que la Constitution accorde un large pouvoir de sanction aux juges afin de remédier aux violations des droits économiques et sociaux[764], la Cour s'est surtout contentée de déclarer ou constater les cas de violation de ces droits et à faire des recommandations assez générales au gouvernement. Ainsi, la Cour n'a à ce jour jamais utilisé le pouvoir dont elle dispose d'ordonner juridiquement au gouvernement la mise en place de mesures plus précises et ni son pouvoir de surveiller le respect de ses jugements par des ordonnances de rendre compte, lesquelles exigeraient que le gouvernement fasse part à la Cour, dans un certains délai, des avancées ou des ratés dans l'élaboration de politiques respectueuses de la Constitution.

II. Les motifs formulés au soutien des techniques de protection

Afin de justifier le contrôle du pouvoir discrétionnaire à travers les différentes techniques à peine évoquées les juridictions fournissent des motifs qui doivent être analysés. Parmi ceux-ci, le recours à l'argument d'une prétendue prédétermination des droits sociaux se singularise dans la mesure où la « nature juridique » est bien loin d'être constante et exempte de contradictions(A). La prétendue incompétence institutionnelle et illégitimité politique des tribunaux à se prononcer sur les questions socioéconomiques (B) ainsi que « l'obscur motif de la raisonnabilité » (C) retiendront successivement notre attention.

---

[763] Carlo COLAPIETRO, « Garanzia e promozione dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale », Giu. It., 1995 p. 125.
[764] Constitution sud-africaine, par. 172 (1) ; Treatment Action Campaign, *supra*, par. 101-102.

A. Une prétendue prédétermination des droits sociaux

1) « Droits subjectifs et inviolables » : des qualifications favorables à la protection

La qualification de droit subjectif permet l'économie d'un discours justificatif : l'applicabilité directe des droits sociaux est présentée comme une conséquence de cette « nature juridique ». La Cour constitutionnelle italienne dans un arrêt de 1960 n°30 affirme que l'article 36 de la constitution énonce un *droit subjectif parfait* sans renvoi à la loi ordinaire. La qualification de *droit fondamental de la personne,* très présente dans la jurisprudence récente semble bien jouer le même rôle que la notion de droit subjectif. Ainsi, dans l'arrêt n° 252 de 2001 la Cour affirme que : « Le 'noyau irréductible' de protection de la santé en tant que droit fondamental de la personne doit être reconnu également aux étrangers, quelle que soit leur position par rapport aux normes qui règlent l'entrée et le séjour dans l'Etat, et même si le législateur peut prévoir différentes modalités d'exercice de celui-ci. »

L'argument de l'inviolabilité des droits est quant à lui invoqué notamment pour justifier la non rétrogression du droit en dessous d'un contenu minimum essentiel ainsi que pour isoler un noyau qui serait même inviolable par le législateur constituant. Les droits sociaux à eux seuls, ou associés au principe de dignité (voir supra) sont à plusieurs reprises qualifiés directement par le juge de *droits inviolables et irrétractables* de la personne, en tant qu'ils expriment des valeurs ou des principes constitutionnels suprêmes : il en est ainsi, parmi d'autres, du droit à la santé (1011/1998, 294 et 184/1986, 88/1979), du droit au logement (19/1994, 404 et 217/ 1998), du droit au travail (108/1994 et 232 /1989).

2) Des qualifications moins favorables

a. Des droits conditionnés par les ressources financières

La jurisprudence italienne en matière de droits sociaux a été considérablement marquée par une décision de 1990 (455/1990) relative au droit à la santé dans laquelle a été affirmé le caractère « conditionné » des droits sociaux. En effet, elle semble rétablir la distinction entre disposition programmatique et les dispositions prescriptives que la Cour avait pourtant écarté dès sa première décision. Elle scinde le droit à la santé en un droit défensif et un droit social, le droit à recevoir des prestations sanitaires : au sujet de ce dernier, elle observe que le droit à la santé est « un droit constitutionnel conditionné dont la réalisation dépend du législateur en tenant compte des limites objectives que ce même législateur rencontre dans son action de mise en œuvre de la constitution en relation avec les ressources institutionnelles et financières dont il dispose à ce moment ». La Cour y affirme encore que la réalisation des droits sociaux doit tenir compte également d'un « raisonnable balancement avec d'autres intérêts ou biens qui jouissent de la même façon de

protection constitutionnelle » et que ce « balancement » serait « lui aussi l'objet d'un contrôle de la part de la Cour, dans les formes et dans les modes appropriés à l'usage du pouvoir discrétionnaire du législateur ». Enfin, dans une décision n° 417/1996 la Cour rejette une question de constitutionnalité et affirme qu'« il n'est pas possible d'exclure la possibilité d'une intervention législative qui, en raison de l'indérogeable exigence de limitation de la dépense publique, réduise définitivement un traitement de pension précédemment prévu, étant donné qu'il existe la limite des ressources disponibles ».

Au Canada, les tribunaux s'appuient aussi le caractère « conditionné » des droits économiques et sociaux pour en réduire la portée juridique ou tout simplement refuser de reconnaître leur caractère fondamental et constitutionnel et les restreindre à de simples déclarations d'intentions politiques. Par exemple, dans l'arrêt *Gosselin* en première instance, la Cour supérieure affirmait : « Il y a une différence de nature entre d'une part les droits économiques et sociaux qui exigent une intervention active et l'engagement de ressources importantes de l'État pour leur mise en œuvre et d'autre part, les droits civils et politiques qui n'exigent généralement que des aménagements aux institutions politiques et juridiques et sont ainsi susceptibles de mise en œuvre immédiate par les États quelque soit leur niveau de développement[765] ». La Cour suprême du Canada confirmait cette interprétation en soulignant le caractère programmatoire des droits économiques et sociaux dont la mise en œuvre dépend nécessairement d'une intervention législative et, conséquemment, dont la portée réelle serait déterminée exclusivement et discrétionnairement par le législateur[766].

b. Des objectifs à valeur constitutionnelle

Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, on retrouve les incertitudes exprimées dans la jurisprudence constitutionnelle italienne : il en est ainsi du droit à la santé et du droit au travail pour lesquels le Conseil utilise les formules de « droit à », mais réserve un traitement souvent identique à celui qu'il applique aux objectifs à valeur constitutionnelle, notamment en restreignant le contrôle de leur respect à celui de l'erreur manifeste d'appréciation[767]. Il se refuse par la même occasion à formuler des standards jurisprudentiels permettant de cerner les contours des droits sociaux. Par ailleurs, la jurisprudence sur les « garanties légales des exigences constitutionnelles » n'a jamais conduit le juge français à constater la méconnaissance de l'interdiction de priver de garanties légales les exigences

---

[765] *Gosselin c. Québec (Procureur général),* [1992] R.J.Q. 1647 à la p. 1669 (Cour supérieure du Québec) [*Gosselin (Cour supérieure)*]. V. également *Gosselin (Cour suprême), supra*, par. 89, juge McLachlin, 421, juge Le Bel; *Gosselin c. Québec (Procureur général),* [1999] R.J.Q. 1033 à la p. 1047, juge Baudouin (Cour d'appel du Québec) [*Gosselin (Cour d'appel)*] ; *Lévesque c. Québec (Procureur général),* [1988] R.J.Q. 223 (Cour d'appel du Québec) ; *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227 à la p. 1242 (Cour d'appel du Québec).
[766] Gosselin (Cour suprême), *supra*, aux par. 85 à 96 ; Gosselin (Cour d'appel), *Ibid.*, à la p. 1047.
[767] Décision 94-359 D.C. du 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat.

constitutionnelles en matière sociale[768]. Cet ensemble d'éléments semble témoigner du retrait du Conseil constitutionnel du domaine de la définition des droits sociaux laissée précisément à l'appréciation du législateur. Enfin, il convient de souligner que le caractère prédéterminé d'un droit social, en l'occurrence le droit de grève, a été établi dans la jurisprudence constitutionnelle française par le recours à l'argument de l'intention du constituant[769], ce qui pourrait être une voie pour la formulation de standards pour les droits sociaux non défensifs.

c. Des droits qui ne peuvent se réaliser que progressivement[770]

Alors que l'engagement pris par les États parties au PIDESC de réaliser progressivement les DESC en fait clairement une des techniques de protection des droits sociaux[771], dont on peut comprendre qu'elle entretient des liens étroits avec la notion de contenu minimal essentiel[772], on doit souligner que ce principe de réalisation progressive a fait l'objet de vives critiques en Italie. Encore une fois il a été vu comme une expression de *self restraint* du juge. Il est notamment critiqué en raison de la présomption de légitimité qu'il semble conférer aux réglementations qui mettent en œuvre les droits sociaux, excluant d'office les possibilités de censure du caractère partiel de la mise en œuvre, de l'inadéquation de la mesure.

Par opposition à ce principe de « gradualité » vers le bas, une lecture plus positive est également présente dans la jurisprudence et dans la doctrine quand elle correspond à un accroissement progressif et graduel du niveau de garanties, en somme un principe de gradualité vers le haut.

B. Des questions socioéconomiques qui ne relèveraient pas de la compétence des tribunaux

Au Canada, la stratégie la plus souvent déployée pour dénier aux droits économiques et sociaux le caractère de droits fondamentaux consiste à les opposer aux droits civils et politiques. Alors que le droit à la vie, la liberté d'expression, et d'autres droits et libertés classiques seraient intrinsèques à la nature humaine et n'exigeraient ce faisant aucune intervention étatique particulière[773], il en irait autrement en ce qui concerne les droits économiques et sociaux. Ceux-ci n'existeraient pas concrètement à l'état originel de « nature » et ne seraient pas universels puisque seuls les individus non méritoires auraient

[768] CC 86-225 DC 23 janvier 1987.
[769] Décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007.
[770] Carmela SALAZAR, Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto, précit., p. 128.
[771] Cette obligation ressort, en droit international, de l'article 2(1) du PIDESC.
[772] Effectivement, l'obligation de l'État ne saurait se limiter à ne protéger que le contenu minimal d'un droit social. Une fois ce niveau atteint, l'État n'en demeure pas moins tenu de continuer à faire des efforts soutenus en vue d'assurer, à terme, une protection plus efficace, voir la pleine réalisation, des droits économiques et sociaux.
[773] Gosselin (Cour supérieure), *supra*, à la p. 1669.

besoin de leur protection. C'est d'ailleurs la conception qui ressort de la jurisprudence canadienne, alors que la pauvreté semble être considérée comme un problème qui résulte de la « faute » ou des mauvais choix de vie de l'individu qui la subit et qui, conséquemment, a besoin d'une aide de dernier recours de la part de l'État[774]. Les tribunaux doutent par ailleurs de leur compétence à se prononcer sur des questions socioéconomiques complexes ainsi que la légitimité politique pour un juge de remettre en question les choix budgétaires du gouvernement. La réalisation des droits sociaux implique en effet pour l'État la dépense de fonds publics[775]. Considérant la pression que cela exercerait sur les ressources étatiques, les tribunaux canadiens, de même que la Cour constitutionnelle sud-africaine malgré le caractère plus progressiste de sa jurisprudence , considèrent trompeur de promettre aux citoyens, sous la forme de droits fondamentaux, la satisfaction de besoins dont la matérialisation pour tous est impossible[776]. Puisque l'État n'est pas responsable de toutes les inégalités socioéconomiques et qu'il est souverain sur les questions budgétaires, il serait illégitime, au nom de la séparation des pouvoirs, que des juges non élus fassent de la « politique » en dictant au gouvernement comment dépenser son argent[777].

On soutient par ailleurs que le « contenu obligationnel »[778] des droits économiques et sociaux est trop variable ou incertain pour qu'ils soient formulés et garantis dans des instruments juridiques constitutionnels reconnaissant des droits universels. Le droit au logement, par exemple, implique-t-il que l'État doive construire des habitations à loyers modiques ou qu'il subventionne directement les personnes dans le besoin afin qu'elles puissent elles-mêmes se trouver un toit ? Aussi, quelles doivent être la qualité et les caractéristiques de l'immeuble qui fait l'objet du droit individuel Voilà le genre de questions spécifiques ou de détails auxquels la fonction judiciaire ne serait pas nécessairement bien placée pour répondre[779]. Les tribunaux estiment ainsi généralement que la branche politique de l'État, par son expertise sociale et économique, est mieux à même d'évaluer les besoins de la population et développer des programmes qui y répondent[780].

---

[774] Gosselin (Cour supérieure), *Ibid.* à la p. 1676.
[775] Gosselin (Cour d'appel), *supra*, à la p. 1047, juge BAUDOUIN ; Masse v. Ontario (Ministry of Community & Social Services), [1996] O.J. No. 363 (Ont. Div. Ct.), aux para. 42-43, juge O'Driscoll, 56, juge O'Brien ; Gosselin (Cour supérieure), *supra*, à la p. 1669.
[776] *Government of the Republic of South Africa c. Grootboom*, [2001] 1 S. Afr. L.R. 46 (Cour constitutionnelle sud-africaine), au par. 35.
[777] V. *Masse*, *supra*, par. 43, juge O'Driscoll, 58, juge O'Brien ; *Clark v. Peterborough Utilities Commission*, (1995), 24 O.R. (3d) 7 [Div. gén. Ont.], par. 28 ; *Conrad v. Halifax (County) et al.*, (1994), 124 N.S.R. 251 [Cour supérieure de la Nouvelle-Écosse], par. 93, 95 ; *Gosselin (Cour supérieure)*, *supra*, aux pp. 1669-1670.
[778] Nous empruntons cette expression au juge LeBel : *Gosselin* (Canada, C.S.), *supra*, par. 429.
[779] *Grootboom*, *supra*, par. 32, 37 et 38.
[780] *Clark*, *supra*, par. 28 ; *Conrad*, *supra*, par. 93, 95.

C. La « raisonnabilité » des choix législatifs : un motif certainement obscur, et donc réellement efficace ?

Le caractère insaisissable de l'argument de la raisonnabilité du choix du législateur pose évidemment le problème du pouvoir considérable qu'il remet entre les mains du juge. Certaines tentatives doctrinales reprises par la jurisprudence en Italie ont tenté en dépit des ambigüités des termes, de désamorcer les critiques en soutenant le caractère « lié » de ces jugements de « rationalité » (1). Mais si l'on admet que la raisonnabilité est une justification qui suppose une appréciation en termes de valeurs, il peut être intéressant d'observer alors quels sont les « bons » arguments retenus dans la jurisprudence. L'efficacité de l'argument n'en sera que plus évident : toutefois celle-ci n'est pas toujours favorable aux droits sociaux (2).

1) « Raisonnabilité »/« rationalité » : une distinction doctrinale et jurisprudentielle pour masquer le pouvoir des juges

Il est apparemment facile d'expliquer le recours à l'argument de la raisonnabilité en rappelant que les droits sociaux interviennent dans un domaine où le législateur dispose dans leur mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire. Aussi, pourrait-on dire que la solution ne peut se déduire logiquement des dispositions constitutionnelles, d'où le recours à un contrôle de raisonnabilité, c'est-à-dire d'adéquation entre les moyens et les fins.

L'argument de la raisonnabilité au sens de rationalité (raisonnabilité-rationalité) n'est qu'une autre formulation de l'argument de la compétence liée du législateur. Il a été mobilisé, et cela n'est guère surprenant, pour légitimer les décisions additives de prestations, *i.e* celles qui sont *le plus irrespectueuses du pouvoir discrétionnaire du législateur*. Il se construit sur l'affirmation du caractère univoque des dispositions utilisées pour combler l'omission législative, que l'expression doctrinale et jurisprudentielle de décision « *à rimes obligées* » illustre parfaitement.

A coté de cette première stratégie qui consiste à nier le pouvoir du juge, on trouve une argumentation plus moderne, mise en œuvre au soutien des *additives de principe*. Il n'est plus question de déduction ici, mais d'une appréciation de l'adéquation (de l'opportunité) d'un choix de moyens pour la réalisation d'une fin. La norme qui sert de paramètre pour le contrôle de constitutionnalité laisse le choix des solutions au législateur*, la norme serait muette selon le juge. Mais le juge dégage de l'ensemble des valeurs consacrées par le système juridique* un principe constitutionnel : quand la Cour trouve une lacune qui pour être comblée nécessiterait un choix normatif de type politique, elle ne peut pas émettre une décision « *à rimes obligées* », étant donné la pluralité d'options normatives qui pourraient se présenter pour remplir le vide laissé par le législateur. En l'espèce, au lieu d'« imposer » une solution et donc d'exercer de manière impropre une fonction de législation positive, la Cour « découvre » un principe, au moyen duquel elle ne fait pas autre chose que de

définir le droit social, et en impose le respect au législateur et au juge *a quo* pour le cas qui lui est soumis.

2) La « raisonnabilité » du choix législatif : les « bons » arguments selon le juge constitutionnel

Selon R. Guastini l'argument de la raisonnabilité est un *argument tautologique*. Les tribunaux, on l'a vu, ont forgé le principe de raisonnabilité sur le fondement d'une interprétation désormais répandue du principe d'égalité selon laquelle : les cas égaux doivent être traités de façon identique, les cas différents de façons différentes : « Mais comment décider quels sont les cas semblables et quels sont les cas différents ? En d'autres termes, quelles sont les distinctions justifiées et quelles sont les distinctions constitutives de discriminations ? Et bien, le principe de raisonnabilité constitue précisément une réponse à cette question. Malheureusement, il s'agit d'une réponse tautologique. Selon ce principe, les distinctions (ou classifications) opérées par le législateur doivent être raisonnables pour ne pas être discriminatoires. Qu'est-ce que cela veut dire ? Cela signifie que, pour distinguer, il faut qu'il y ait des raisons, naturellement. Mais que faut-il entendre par 'raisons' ? Dans ce type de contexte, il est évident que 'raisons' ne signifie pas simplement argument : il signifie « bons » arguments, c'est-à-dire des justifications. Donc, selon le principe de raisonnabilité, une distinction est justifiée quand elle est justifiée »[781].

Cette critique de l'auteur italien peut être ici utilisée pour examiner les « bons » arguments que le juge retient dans le domaine des droits sociaux. Décider qu'un argument est « bon », qu'un choix législatif est justifié, c'est naturellement porter sur lui un jugement de valeur. Le jugement de raisonnabilité confère en principe au juge un instrument très puissant pour revoir les choix discrétionnaires du législateur (b). Encore faut-il toutefois qu'il ait décidé de faire usage de cet instrument. Dans le cas contraire, c'est une politique jurisprudentielle de *self-restraint* qui s'exprime lorsque, selon le juge, la compétence discrétionnaire du législateur en matière d'équilibre budgétaires est en jeu (a).

a. La raisonnabilité « en soi » du respect de l'équilibre budgétaire

Le caractère raisonnable d'un choix ou d'un balancement entre des principes réalisés par le législateur peut venir justifier la restriction du contrôle (voir supra). Cette restriction manifeste de la part du juge une *présomption implicite de faveur pour le principe du pouvoir discrétionnaire du législateur*, c'est notamment le cas lorsque l'argument du respect de l'équilibre budgétaire est mobilisé.

---

[781] Riccardo GUASTINI, « La costituzione come limite alla legislazione », *Analisi e diritto*, 1998, disponibile en ligne, www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/.../Guastini1.pdf.

Le rôle conféré au principe de l'équilibre financier dans la jurisprudence des années 90 en Italie a été vivement critiqué en doctrine. On reprochait notamment à la Cour de lui réserver une place à part, l'exemptant même du processus de pondération entre les intérêts constitutionnels, comme si elle l'admettait *a priori* et en tant que tel. La Cour aurait donné la préférence à des appréciations de « politique économique » plutôt que de « politique constitutionnelle »[782]. Bien entendu, cette critique porte en elle la revendication d'un partage du pouvoir entre législateur et juge pour décider des équilibres, bref pour *co*déterminer, d'un point de vue substantiel, les priorités dans le domaine des politiques sociales de l'Etat.

b. Raisonnabilité/dignité et Raisonnabilité/égalité

Une loi, pour être constitutionnelle, doit proposer une justification raisonnable ou procéder à un balancement raisonnable au sens où le législateur ne peut jamais aller jusqu'à remettre en cause la dignité humaine dont certains droits sociaux découlent. C'est d'ailleurs sur cette base, comme nous l'avons observé, que la Cour constitutionnelle sud-africaine est intervenue dans les arrêts *Grootboom* et *Treatment Action Campaign*, les politiques gouvernementales portant atteinte aux besoins urgents et immédiats de personnes vivant dans une pauvreté extrême. La Cour suprême indienne est elle aussi intervenue dans certains litiges afin de sanctionner des violations des principes socioéconomiques reconnus dans la Constitution qui avaient pour effet corollaires de porter atteinte au droit à la vie[783].

De la même façon une loi sera jugée raisonnable et donc constitutionnelle si la distinction qu'elle opère entre des bénéficiaires de prestations est jugée raisonnable ou si elle procède à un balancement raisonnable entre les principes en présence. Dans le cas contraire, elle sera jugée irraisonnable et le juge constitutionnel dispose alors d'une vaste gamme de décisions pour résoudre le cas, allant de la recommandation à la décision additive de prestation.

Conclusion

Si pour conclure nous tentons de mettre en rapport les techniques avec les arguments identifiés, on notera que la justification de la technique du « premier stade ou contenu minimal/ essentiel » peut intervenir soit au moyen de la raisonnabilité/équilibre budgétaire, soit au moyen de la raisonnabilité/dignité. Quand le juge veut justifier un retour en arrière du point de vue de la protection, il invoquera l'argument du pouvoir discrétionnaire du législateur pour justifier une protection « minimum ». Quand en revanche, il veut maintenir la protection

---

[782] Les auteurs faisaient remarquer qu'il existe d'autres types de décision de la Cour, qui ne portent pas sur des droits sociaux, et qui ont pour effet l'augmentation imprévue de la dépense publique. Carlo AMIRANTE, « Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale », in Diritti di libertà e diritti sociali, tra giudice costituzionale e giudice comune, Jovene, Napoli, 1997, p. 267.
[783] V. David ROBITAILLE, *supra* et Diane ROMAN, *infra*.

ou même l'étendre, il justifiera sa préférence en renforçant son poids dans la balance face au principe du pouvoir discrétionnaire du législateur (décision 309/1999 au principe de dignité) [784].

Enfin, si l'argument de la raisonnabilité/égalité permet de justifier des politiques jurisprudentielles très audacieuses et pénétrantes dans la sphère de décision du législateur, notamment au moyen des techniques de sentences additives de prestations, le caractère minimal/essentiel du droit ne semble pas compatible avec une exigence de « raisonnabilité/égalité », selon laquelle tout avantage conféré par la mise en œuvre d'un droit social devrait être étendu à des catégories qui en seraient illégitimement exclues.

Au contraire, le contenu minimal essentiel, pris isolément, justifie la limitation de l'extension des garanties dans le sens d'une réduction ou égalisation vers le bas et non vers le haut. Combiné cependant au principe de progression reconnu en droit international, il oblige le gouvernement, une fois réalisé le contenu minimal ou essentiel des droits sociaux, à poursuivre ses efforts en vue d'assurer éventuellement la pleine réalisation de ses droits et, conséquemment, une meilleure qualité de vie aux citoyens.

Pour citer cet article

Isabelle Boucobza et David Robitaille, « Standards jurisprudentiels et contrôle de l'obligation étatique en droit comparé : une géométrie variable », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012
http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/standards-jurisprudentiels-et-contrc3b4le-de-l_obligation-c3a9tatique-en-droit-comparc3a9-une-gc3a9omc3a9trie-variable.pdf

[784] « La protection du droit à la santé ne peut pas subir les mêmes contraintes que le législateur rencontre dans la distribution des ressources financières dont il dispose ». La Cour a en effet affirmé de façon répétée (sent. nn. 267 de 1998, 416 de 1995, 304 e 218 de 1994, 247 de 1992, 455 de 1990) que les exigences des finances publiques ne peuvent assumer dans le balancement du législateur, un poids si prépondérant qu'il conduise à comprimer le noyau essentiel du droit à la santé protégé par la constitution en tant que domaine inviolable de la dignité humaine ».

SECTION 2 -

LES DROITS CIVILS AU RENFORT DES DROITS SOCIAUX : L'INTERCHANGEABILITE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE DISCOURS JUDICIAIRE

DIANE ROMAN

Est-il concevable de fonder une protection juridictionnelle des droits sociaux par des mécanismes détournés, lorsque le texte fondamental que le juge est chargé d'appliquer ne proclame que des droits de nature civile et politique ? *A priori*, la distinction doctrinale entre droits civils, supposant une abstention des pouvoirs publics, et droits sociaux, nécessitant une intervention sous forme de prestations, semble s'y opposer. Or, l'appel au droit comparé[785] révèle une évidence : la frontière entre droits civils et droits sociaux est par endroits très mince, voire inexistante et des droits dits civils sont souvent utilisés par les juges pour analyser et apprécier des situations dont le ressort est avant tout économique et social. En d'autres termes, bon nombre de solutions jurisprudentielles étrangères permettent de relativiser la différence entre catégorie de droits en mettant au jour une certaine proximité d'inspiration et d'application des droits, quels qu'ils soient. Cette « interchangeabilité » des droits dans le discours judiciaire, qui met en lumière la « radicale interprétativité des textes juridiques »[786], est rendue possible par des choix

[785] Deux précisions méthodologiques s'imposent : 1) Il ne s'agit pas de tenter une comparaison de différents « systèmes juridiques » pour étudier la façon dont les droits sociaux sont mis en œuvre par les juges (la tâche serait en l'état impossible, tant les champs étudiés sont différents, mais, plus modestement, de comparer la diversité des discours judiciaires dans un contexte normatif similaire. Cette restriction explique en retour que l'appareil bibliographique critique cité en note de bas de page soit restreint, l'ambition n'étant plus ici d'étudier le discours doctrinal mais le discours du juge. A cette fin, n'ont été retenus que les systèmes juridiques dont le texte fondateur soit ne proclame aucun droit social, soit consacre des droits sociaux sur un mode mineur, comme principe programmatique et non droit justiciable. Concrètement, cela renvoie au système de la Convention européenne des droits de l'Homme et certains droits constitutionnels étrangers (Allemagne, Canada, Inde, Irlande, Israël, Royaume Uni, Suisse avant 1999, USA. 2) Par ailleurs, a fortement pesé un double critère d'accessibilité matérielle (via les bases de données numérisées et disponibles sur Internet : sites de juridictions et sites officiels, bases de données académiques) et linguistique (sources disponibles en français ou en anglais). Les traductions non officielles en français sont de notre fait, sauf pour les arrêts des juridictions allemandes, que nous devons à l'amabilité de Céline Fercot. Pour des raisons matérielles, les arrêts cités ne sont pas reproduits mais sont disponibles en version intégrale et originale sur le site Internet de la recherche, http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=104 et, pour les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, sur sa base de données HUDOC.

[786] Antoine JEAMMAUD et Martine LE FRIANT, « L'incertain droit à l'emploi », Travail, Genre et Société, n° 2/1999, L'Harmattan, p. 38.

effectués par les juges. Or, ces choix semblent relever de « stratégies judiciaires », au sens, attesté par le Trésor de la langue française, d'« ensemble d'actions coordonnées, d'opérations habiles, de manœuvres en vue d'atteindre un but précis ». Ce sont elles qui seront au cœur de ces développements, qui s'attacheront à une double interrogation : d'une part, quelles options sont ouvertes au juge pour protéger des droits sociaux pour lesquels il n'a pas reçu de mandat *en tant que tel* (I) ? D'autre part, à quels résultats aboutissent ces stratégies judiciaires fondées sur une certaine interchangeabilité des droits (II) ?

I. Les stratégies judiciaires d'interchangeabilité des droits

Deux points communs unissent des juridictions aussi différentes que la Cour suprême israélienne, celle indienne, le Tribunal fédéral suisse et la Cour européenne des droits de l'Homme : celui d'avoir à appliquer un texte, constitutionnel ou interétatique, qui ne leur attribue compétence que pour veiller au respect de droits civils et politiques. Et celui d'avoir dépassé cette compétence restreinte, pour élargir leur office à des questions de nature sociale, selon des stratégies distinctes (A) mais avec des justifications comparables (B).

A. Des stratégies diverses : enrichissement et renforcement normatifs

Le contenu du texte que le juge est chargé d'appliqué détermine en grande partie la marge de manœuvre du juge. Dans certaines situations, le texte fondateur ne contient aucune disposition relative aux droits sociaux et se résume à une proclamation de droits considérés comme n'ayant qu'une dimension civile ou politique. C'est la situation, par exemple, de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans cette hypothèse, des stratégies d'enrichissement du texte normatif peuvent être observées, visant à faire produire aux droits civils des prolongements économiques ou sociaux qui ne sont pas expressément prévus par le texte même. De cette stratégie d'enrichissement doit être distinguée une stratégie de renforcement. Elle se donne à lire à travers la jurisprudence de certaines cours dont les textes de référence ont consacré des droits sociaux, tout en ayant effectué cette proclamation sur un mode mineur, la possibilité d'un recours en justice étant refusée par le texte même.

1) La stratégie d'enrichissement

Alors que le texte de la Convention qu'elle est chargée de mettre en œuvre ne proclame que des droits civils et politiques, la Cour européenne a entrepris, par un travail d'interprétation dynamique, d'atténuer la distinction entre droits civils et droits sociaux. Certes, elle rappelle régulièrement que le moyen tiré de la méconnaissance de la Charte sociale européenne ne peut être

accueilli par elle[787] et que la Convention ne garantit pas de « droits économiques et sociaux en tant que tels », notamment, « le droit à un logement gratuit, le droit au travail, le droit à une assistance médicale gratuite ou le droit d'exiger de l'État une assistance financière pour maintenir un certain niveau de vie »[788]. Néanmoins, pour dépasser cette incompétence *rationae materiae* et étendre son contrôle à des cas dans lesquels sont en jeu des situations socioéconomiques préjudiciables à l'exercice de droits conventionnels, la Cour a admis, à partir de l'arrêt *Airey c. Irlande*[789], une certaine perméabilité de la Convention aux droits sociaux[790], partant du principe que « nulle frontière étanche » ne sépare les deux catégories de droits. Une démarche prétorienne « intégrative »[791] a permis à la Cour de souligner les prolongements socio-économiques des droits civils et de mettre à la charge des États un certain nombre d'obligations positives nécessaires. Ce mouvement touche potentiellement l'ensemble des droits conventionnels[792]. Parmi une jurisprudence connue, un exemple peut être cité, tiré du contentieux relatif à la situation faite aux Roms en Europe de l'Est. Après avoir vu leurs maisons incendiés criminellement, les requérants ont vécu dans des conditions délabrées. Or, pour la Cour, ces conditions de vie « notamment la promiscuité et l'insalubrité et leurs effets délétères sur la santé et le bien-être des requérants, associées à la durée pendant laquelle ces derniers ont été contraints de vivre ainsi et à l'attitude générale des autorités » ont « nécessairement dû leur causer des souffrances psychologiques considérables et, partant, porter atteinte à leur dignité humaine et susciter chez eux des sentiments d'humiliation et d'avilissement ». La situation de dénuement extrême, associée à l'attitude discriminatoire des autorités roumaines, est qualifiée de traitement dégradant au sens de l'article 3 CEDH[793]. L'arrêt illustre ainsi parfaitement la tendance de la Cour à marquer une attention aux conditions concrètes d'exercice des droits conventionnels, l'effectivité de ceux-ci supposant des prolongements socio-économiques. Mais ces conditions socio-économiques constituent davantage *le contexte de l'exercice des droits civils* que le fondement de la reconnaissance de droits sociaux en tant que tels.

Cette « socialisation »[794] limitée de la Convention européenne a des répercussions sur le droit interne, les juges nationaux s'emparant de

---

[787] CEDH, 4 oct. 2007, Djaoui c. France, § 64 ; 1er juil. 2008, Beyaz c. Turquie, § 28.
[788] CEDH, déc., 28 oct. 1999, Paneenko c. Lettonie, § 2.
[789] CEDH, 9 oct. 1979, Airey c. Irlande, § 26.
[790] Craig SCOTT, « The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms : Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights », [1989] 27 Osgoode Hall L.J. 769, p. 771 ; Martin SCHEININ, « Economic and Social Rights as Legal Rights », in Rosas et al. (éd.), Economic, Social and Cultural Rights, Kluwer, 2002, 2nd ed., p. 29-32 ; Frédéric SUDRE, « La "perméabilité" de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux », Pouvoir et liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon, Bruylant, 1998, pp. 467-478.
[791] Carole NIVARD, La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen, Thèse Montpellier 1 (dir. Pr. Frédéric SUDRE), 2009, p. 175 et s.
[792] La jurisprudence relative aux implications sociales des articles 2, 3, 4, 8, 11 et art. 1 du Protocole n° 1 est désormais bien connue. On se référera notamment, pour une présentation détaillée, à Carole NIVARD, précit.
[793] CEDH, 12 juil. 2005, Moldovan et al. c. Roumanie, § 103 et 110.
[794] Carole NIVARD, précit., p. 176 et s.

l'interprétation faite par la Cour et la faisant leur. Sans qu'il soit possible de prétendre à l'exhaustivité, deux exemples peuvent attester de ce relais national. Ainsi, la jurisprudence européenne sur le droit à la vie privée des personnes handicapées en lien avec leurs conditions d'habitation [et quoique par ailleurs n'aboutissant qu'à des résultats fort timides][795], a pu inspirer le juge britannique. Dans une affaire où était en cause un logement dont la configuration ne laissait aucune intimité à la demanderesse, handicapée, la Haute Cour a considéré que le refus des autorités de reloger la personne contrevenait aux exigences de l'article 8, l'arrêt mettant l'accent sur le fait que les personnes handicapées sont « un groupe particulièrement vulnérable » à l'égard desquels des obligations spécifiques existent[796]. Autre exemple, la jurisprudence relative à l'expulsion d'étrangers malades, susceptible d'être qualifié de violation de l'article 3 en raison du risque de traitement inhumain et dégradant qui résulterait d'une privation de soins semble avoir inspiré le Conseil d'État français. Au visa de la Convention européenne, celui-ci exige désormais que l'administration s'assure de la possibilité effective pour l'étranger de bénéficier des soins que son état de santé requiert[797] : la proximité non seulement des solutions mais également des champs lexicaux utilisés par les juges nationaux et européens (« vulnérabilité », « situation d'une exceptionnelle gravité ») est à souligner.

Si intéressante soit-elle, cette socialisation de la convention reste néanmoins d'un impact limité. D'une part, si la frontière n'est pas étanche, elle n'en demeure pas moins réelle, ce dont témoigne la rédaction de certains arrêts. Ainsi, saisie d'une requête déposée par une handicapée se plaignant de l'inadaptation de nombreux bâtiments publics de sa ville de résidence, dénués de dispositifs d'accès spécifiques aux handicapés, la Cour a procédé à une délimitation du champ d'application de l'article 8, en recherchant « où est la frontière qui sépare les droits garantis par la Convention d'une part et les droits sociaux garantis par la Charte sociale européenne d'autre part »[798]. La frontière existe donc bien, la Cour en recherchant le tracé. D'autre part, il est arrivé à la Cour de relativiser l'importance de la socialisation de la Convention. Ainsi, dans un récent arrêt[799], la Cour n'a pas hésité à inverser le raisonnement tenu jusqu'alors et à considérer que « même si nombre des droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre économique ou social, la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques ». L'arrêt a pu sembler sonner le glas de la jurisprudence *Airey*. D'autant que l'affaire, relative à l'expulsion d'une étrangère malade, a été l'occasion de rappeler qu'une éventuelle protection des aspects socio-économiques des droits

[795] CEDH, déc., 4 mai 1999, Marzari c. Italie,; déc., 13 janv. 2000, Maggiolini c. Italie ; v. aussi la récente décision Farcaş c. Roumanie, 14 septembre 2010, 32596/04.
[796] R.-U., Haute Cour, R (Bernard) v. Enfield London Borough Council, [2002] EWHC 2282.
[797] France, Cons. État, Sect. 7 avril 2010, Jabnoun et Bialy, note Benjamin DEMAGNY et Serge SLAMA, JCP A, 2010, p. 2238.
[798] CEDH, 14 mai 2002, Zehnalova et Zehnal c. Rép. tchèque, nous soulignons.
[799] CEDH, GC, 27 mai 2008, N. c. RU.

conventionnellement garantis ne pouvait valoir que dans des hypothèses extrêmes.

La stratégie d'enrichissement, si limitée soit-elle dans la jurisprudence conventionnelle, est plus discrète dans les jurisprudences constitutionnelles. Deux raisons peuvent être avancées : d'une part, peu de textes constitutionnels sont totalement muets à l'égard des questions sociales ; d'autre part, elle témoigne d'une liberté du juge dans l'interprétation du texte qu'il a pour mission d'appliquer. Or, l'audace argumentative joue plus souvent dans un sens « conservateur » que progressiste[800]. La jurisprudence fédérale américaine est emblématique de ce refus de principe d'effectuer une interprétation favorable aux droits sociaux : le rejet ferme de toute obligation positive illustré dans la célèbre affaire *Deshaney* a été martelé par la Cour suprême, selon qui la constitution « ne confère aucun droit positif à une aide gouvernementale, même quand une telle aide est nécessaire à la protection de la vie »[801]. Lorsque des juges constitutionnels se risquent à une telle stratégie argumentative, c'est généralement de façon très hésitante, l'absence de support textuel constituant une bride à un éventuel activisme judiciaire. Les exemples canadien et israéliens attestent de cette difficulté commune.

Le *Canada* tout d'abord : la situation constitutionnelle canadienne a évolué avec l'adoption en 1982 de la Charte canadienne des droits et libertés. Ce texte ne proclame que des droits dits « civils », hormis le droit à l'instruction. La question s'est posée en doctrine de savoir si ses articles 7 (« Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité ») et 15 (Egalité devant la loi) peuvent être lus de façon à garantir des droits de nature sociale, et permettre ainsi la reconnaissance indirecte du droit à la santé et à un niveau de vie suffisant[802]. La jurisprudence de la Cour suprême est nuancée : dans une première affaire, où était contesté un règlement prescrivant une diminution des prestations sociales versées aux personnes de moins de 30 ans, la Cour a considéré que la "sécurité économique" n'est pas protégée par l'article 7[803]. Dans une affaire ultérieure, où étaient en cause les dysfonctionnements du régime public de soins de santé québécois, l'interdiction législative de souscrire à des assurances-santé privées a toutefois été jugée contraire à la sécurité[804]. D'interprétation malaisée, l'arrêt a été précisé ultérieurement[805], les juges majoritaires ayant alors affirmé

---

[800] V. en ce sens l'analyse stimulante de Ran HIRSCHL, Towards Juristocracy : the origins and consequences of new constitutionalism, Harvard univ. press, 2004.
[801] USA, Cour Suprême, Deshaney v. Winnebago County dept. of Social Services, 489 US 189, 195, 196 [1989]. Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour suprême en matière de droits sociaux, v. Cass SUNSTEIN, The Second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever, New York, Basic Books, 2004.
[802] David ROBITAILLE, « Non-universalité, illégitimité et surcomplexité des droits économiques et sociaux ? Des préoccupations légitimes mais hypertrophiées : regard sur la jurisprudence canadienne et sud-africaine », (2008) 53 R.D. McGill.
[803] Canada, C.S., 19 décembre 2002, Gosselin c. Québec 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429.
[804] Canada, C.S., 9 juin 2005, Chaoulli v. Québec, [2005], 1 SCR 791.
[805] Canada, C.S., 8 juin 2007, Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Association v. Colombie- Britannique CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, 283 D.L.R. (4e) 40, § 144.

rétrospectivement que l'arrêt *Chaoulli* imposait à l'État «l'obligation constitutionnelle de fournir des soins de santé publics de qualité raisonnable dans un délai raisonnable, du moins dans certaines circonstances».

Israël ensuite : les deux lois fondamentales relatives à des droits individuels adoptées en 1992 visent exclusivement des libertés civiles, comme le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique, le droit à la dignité et à la liberté[806]. Dans un contexte d'activisme judiciaire qui a permis une interprétation extensive des droits garantis, la Cour suprême a déduit du droit à la dignité des implications sociales, qu'elle a opposé à l'État, consacrant le droit à des conditions minimales d'existence[807] et la liberté du travail[808], tout en relevant le refus des constituants de constitutionnaliser des droits sociaux.

2) Stratégie de « renforcement normatif »

A la stratégie d'enrichissement de textes incomplets s'ajoute une stratégie de renforcement normatif, qui peut être illustrée par deux contre-exemples bien connus, la jurisprudence irlandaise et celle indienne. L'écart entre les postures judiciaires se remarque d'autant plus qu'elles se présentent dans un contexte normatif très ressemblant : les constitutions irlandaise et indienne distinguent toutes deux en leur sein entre des droits fondamentaux, présentés comme justiciables et relevant de la catégorie des droits civils, et des principes sociaux, pour lesquels la compétence du juge est exclue par le texte constitutionnel[809]. Or, en dépit de leur ressemblance littérale, les textes constitutionnels irlandais et indiens ont fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle diamétralement opposée.

L'Irlande tout d'abord : la jurisprudence de la Cour suprême irlandaise est révélatrice d'un souci de fidélité extrême au texte constitutionnel, une interprétation textuelle l'emportant sur toute autre considération. La Cour considère que « à l'exception de (…) l'éducation des enfants, aucune disposition constitutionnelle susceptible d'être invoquée en justice n'impose une obligation expresse de l'État de fournir une prise en charge, un traitement médical, une aide sociale ou quelconque autre prestation socio-économique aux citoyens,

---

[806] Yoram RABIN, Yuval SHANY, « The Case for Judicial Review over Social Rights : Israëli perspectives », Israël Affairs, 2008,14/4, pp. 681-703.
[807] Israël, HCJ, 12 December 2005, Commitment to Peace and Social Justice Society and others, 366/03, § 15, pp. 124 ; HCJ, Itri v. State of Israël, 161/94, § 14.
[808] Israël, HCJ, 30 mars 2006, Kav LaOved Hotline for workers v Government of Israël, 4542/02.
[809] La constitution irlandaise de 1937 distingue en son sein les droits fondamentaux (art. 40 et s) et les « principes directeurs de politique sociale » (Directive principles of social policy) établis par l'article 45 comme étant « destinés à l'orientation générale du Parlement. L'application de ces principes dans l'élaboration des lois appartient exclusivement au Parlement et ne peut être connue d'aucun tribunal selon aucune disposition de la présente Constitution ». La constitution indienne de 1950, sur le même modèle, distingue les Droits fondamentaux (partie 3) et les « Principes directeurs de la politique de l'État » (Directive principles of state policy) qui mettent un certain nombre d'obligations sociales à la charge de l'État tout en excluant un contrôle judiciaire de leur mise en œuvre (art. 37 : « ces dispositions ne peuvent pas être appliquées par les tribunaux, bien qu'elles soient fondamentales pour la gouvernance du pays et qu'il soit du devoir de l'État de les mettre en œuvre par la loi »).

quelle que soit leur situation de besoin »[810]. Dans une affaire de principe jugée en 2005[811], la Cour était saisie d'une loi instaurant une sorte de franchise restant à la charge des personnes hospitalisées. La constitutionnalité de ce dispositif était discutée, notamment sur le point de savoir si les dispositions constitutionnelles liant droit à la vie et au respect de l'intégrité physique pouvaient être entendues comme impliquant un droit à une prise en charge matérielle au profit des personnes dans une situation de besoin. La Cour n'exclut pas totalement la reconnaissance d'un tel droit, mais souligne la grande latitude dont bénéficie le pouvoir politique (*Oireachtas*) et conclut au rejet.

L'Inde est connue pour avoir suivi une évolution jurisprudentielle diamétralement opposée. En 1981, l'affaire *Francis Coralie*, relative aux conditions de détention, a permis à la Cour suprême de poser les premiers jalons d'une interprétation sociale des droits civils, et spécialement du droit à la vie[812]. L'interprétation large des droits fondamentaux ainsi ouverte, jointe à l'amélioration des conditions d'accès aux prétoires grâce à des procédures simplifiées (*Public interest litigation*[813]) ont offert à la Cour suprême les conditions d'un développement jurisprudentiel spectaculaire[814] : droit à une rémunération équitable[815], droit à la protection des conditions de travail[816], droit à la santé[817], droit au logement[818], droit de jouir de moyens de subsistance[819], droit à l'alimentation[820], droit à l'éducation[821] ont été reconnus par le truchement du droit à la vie. La jurisprudence de la Cour suprême offre ainsi un panorama complet de consécration et de mise en œuvre de droits sociaux, même si son activisme a pu susciter certaines critiques[822]. Son œuvre interprétative a

---

[810] Irlande, C.S., 17 déc. 2001, T.D. v. The Minister for Education & ors, [2001] IESC 101.
[811] Irlande, C.S., 16 février 2005, In the Matter of Article 26 of The Constitution & In the Matter of the Health (Amendment) (No. 2) Bill 2004; [2005] IESC 7.
[812] Inde, C.S., 13 janvier 1981, Francis Coralie Mullin v. the Administrator, Union Territory of Delhi, (1981) 2 SCR 516, p. 529; pour une analyse de l'évolution de la jurisprudence indienne, S. MURALIDHAR, « The Expectation and Challenges of Judicial Enforcement of Social Rights », in M. LANGFORD (dir.), Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law, Cambridge, 2008, p. 102 et s.
[813] Upendra BAXI, « Taking Suffering Seriously : Social Action Litigation in the Supreme Court of India », in Supreme Court on Public Interest Litigation, éd. Jagga Kapur, vol. I (1998), p. A-91 Parmanand SINGH, « Access to Justice : public interest Litigation and the Indian suprême court », 10-11 Delhi law rev., 156 (1981-1982).
[814] S. MURALIDHAR, « Justiciable Enforcement of Economic and Social Rights: The Indian Scenario », in F. COOMANS (dir.), Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systemes, Antwerp-Oxford : Intersentia, 2006, p. 240.
[815] Inde, C.S., Daily Rated Casual Labour Employed under P & T Department v. Union of India (1988) 1 SCC 122, § 7 & 9.
[816] Inde, C.S., Bandhua Mukti Morcha v. Union of India, (1984) 3 SCC 161, § 10, p. 183.
[817] Inde, C.S., Paschim Banga Khet Majoor Samity v. State of West Bengal (1996) 4 SCC 37.
[818] Inde, C.S., Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan (1997) 11 SCC 123.
[819] Inde, C.S., Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation, (1985) 3 SCC 545.
[820] Inde, C.S., People's Union for Civil Liberties v. Union of India and others, requête [civil] n° 196 de 2001. Non jugée au fond mais ayant donné lieu à de nombreux arrêts provisoires. V. *infra*.
[821] Initialement affirmé par la jurisprudence de la cour suprême [aff. Unnikrishnan J.P. v. State of Andhra Pradesh (1993) 1 SCC 645,§ 183 en lien avec le droit à la vie, « au regard de son importance fondamentale »], le droit à l'éducation est expressément consacré, depuis une révision constitutionnelle de 2002, comme un droit fondamental.
[822] Pour un exposé, v. S. MURALIDHAR, « Justiciable Enforcement of Economic and Social Rights: The Indian Scenario », précit., pp. 264-265.

servi de modèle dominant en Asie du Sud Est[823] et le niveau auquel la Cour suprême a hissé le droit indien est équivalent à celui brésilien ou sud-africain, où les choix politiques initiaux ont été différents, les textes constitutionnels énonçant expressément l'importance attachée à la protection des droits sociaux[824].

La confrontation des jurisprudences indienne et irlandaise est instructive, en ce qu'elle montre à l'envie la part de construction du droit laissée au juge. En présence d'un énoncé normatif quasiment identique, des juges aboutissent à des solutions jurisprudentielles diamétralement opposées, tout en revendiquant largement le caractère « contraint » de leur raisonnement. L'interprétation littérale irlandaise, comme l'interprétation évolutive indienne, se prévalent toutes deux d'une légitimité incontestable. Ce qui suppose de s'intéresser aux justifications avancées par les juges au soutien de leur argumentation.

B. Des stratégies judiciaires diversement justifiées

Les jurisprudences récusant une interprétation favorable aux droits sociaux sont assez laconiques. Les juges se réfèrent au texte écrit et relèvent que la volonté constituante ou des États signataires a conduit à certains choix rédactionnels, que les juges ne peuvent infirmer. D'où le renvoi à l'appréciation politique d'une mise en œuvre de droits sociaux, qui ne peut être discutée dans les prétoires[825]. En revanche, pour ce qui concerne les jurisprudences mobilisant les droits sociaux, l'œuvre constructive est justifiée par des arguments différents, mobilisant différents registres.

1) Le registre juridique

Un premier type de justification, de nature *juridique*, est généralement avancé. Les cours invoquent alors la logique des droits de l'Homme, soulignant leur indivisibilité. La légitimité de leur démarche interprétative est alors rattachée à une certaine conception de l'office du juge qui consiste notamment à

---

[823] Iain BYRNE, Sara HOSSAIN, « Economic and Social rights Case Law of Bangladesh, Nepal, Pakistan and Sri Lanka », in M. Langford (dir.), précit., p. 125 et s.

[824] Flavia PIOVESAN, « Brazil: Impact and Challenges of Social Rights in the Courts », in M. LANGFORD (dir.), précit., p. 185.

[825] Selon la Cour suprême irlandaise, [2005] IESC 7, précit : « No doubt it could be said that the State could or should have been more generous, or less so with regard to persons of significant means, but that is the kind of debate which lies classically within the policy arena and is not a question of law. All the Court is concerned with is whether the charges are such that they would so restrict access to the services in question by persons of limited means as to constitute an infringement or denial of the rights asserted by counsel » ; l'argument de la nature politique d'une telle question est également très présente dans la jurisprudence américaine. V. notamment US, SC, Dandridge v. Williams, 397 US 471 487 (1970) : « the intractable economic, social and even philosophical problems presented by public welfare assistance programs are not the business of this Court » ; Lindsay v. Normet, 405 US 56, 74 (1972): « we do not denigrate the importance of decent, safe and sanitary housing. But the Constitution does not provid judicial remedies for every social and economic ill (…) Absent constitutional mandate, the assurance of adequate housing and the definition of landlord-tenant relationships are legislative, not judicial functions ».

produire toujours une interprétation en contexte du texte dont il est le gardien, à en accompagner l'évolution et l'adéquation permanentes aux réalités concrètes qu'il a vocation à régir. L'exemple archétypal est offert par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Airey*, selon qui « la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu. Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. (…) la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention »[826]. Le souci de garantir l'effectivité des droits a servi d'argument pour élargir le contrôle de la Cour aux conditions matérielles d'exercice des droits sociaux. Cette conception d'un certain office du juge se retrouve, sous une forme comparable dans les jurisprudences de certaines Cours constitutionnelles. Ainsi, en Inde, c'est sur son fondement que la Cour suprême, dans les années 1970, a abandonné l'interprétation conservatrice de la Constitution et a souligné la complémentarité existant entre les droits fondamentaux et les DPSP : l'arrêt *Kesavananda Bharati c. État de Kerala* a justifié cette évolution par l'importance du contrôle judiciaire pour la protection de la structure fondamentale du droit indien[827]. De même, la Cour suprême israélienne souligne fortement les prolongements sociaux et économiques du droit à la dignité garanti dans la loi fondamentale[828].

Cette interprétation « effective » des textes est souvent doublée d'une interprétation « dynamique » qui permet aux juges d'actualiser les textes. Ainsi, pour justifier son recours à d'autres instruments conventionnels comme éléments d'interprétation des dispositions de la Convention, et spécialement la Charte sociale européenne, la Cour européenne a tenu à rappeler « qu'elle s'est toujours référée au caractère « vivant » de la Convention à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et qu'elle a tenu compte de l'évolution des normes de droit national et international dans son interprétation des dispositions de la Convention »[829]. Ce souci d'adaptation se retrouve dans la jurisprudence canadienne, qui n'exclut pas de se référer à la théorie de l'arbre vivant pour dégager, le cas échéant, des droits sociaux déduits de la charte canadienne[830].

2) Le registre humaniste

A cette justification juridique peut être ajouté un argument de type *humaniste* : le juge souligne la nécessité de l'interprétation extensive par la

---

[826] CEDH, 9 oct. 1979, Airey c. Irlande, § 26.
[827] Inde, C.S., Kesavananda Bharati v. State of Kerala (1973) 4 SCC 225 § 982-983.
[828] Outre les arrêts précités, v. Israël, HCJ 3512/04n Shezifi v. National Labour Court [20], J. Arbel ; LCA 4905/98 Gamzu v. Yeshayahu [16], pp. 375-376, J. Barak.
[829] CEDH, GC, 12 novembre 2008, Demir et Baykara c. Turquie, § 68.
[830] Canada, C.S., 19 décembre 2002, Gosselin c. Québec, précit., § 82.

nature humaine et la protection du besoin. Cet argument personnaliste est particulièrement employé par la Cour suprême indienne, qui retient, dans l'affaire *Pashim Banga*, que « les besoins de l'être humain sont traditionnellement portés au nombre de trois : alimentation, nourriture et abri. Le droit à la vie est garanti dans toute société civilisée. Il inclut le droit à l'alimentation, le droit à un environnement sain et à un logement adapté. La différence entre le besoin d'un abri pour l'animal et pour l'être humain doit être soulignée. Pour l'animal, il s'agit de la seule protection du corps tandis que pour un être humain, il s'agit d'un foyer qui lui permette de se développer dans tous ses aspects, physique, mental et intellectuel »[831]. Ailleurs, mais avec une identité de vision, l'accent est mis sur la spécificité de la personne humaine, dans une double dimension charnelle (l'être de sang qui a des besoins de protection physique[832]) et sociale (l'être social qui a besoin de sécurité pour se développer[833]). Le lien est ainsi clairement établi entre sauvegarde de la dignité humaine et impératif de protection contre les conséquences dégradantes et avilissantes de la misère[834].

3) Le registre politique

Enfin, un dernier argument, plus *politique*, peut être formulé. Dans certaines décisions, les juges s'attachent à ce qu'ils considèrent être les nécessités sociales. Une justification de type holistique est ainsi avancée pour légitimer un élargissement des droits garantis, qu'elle repose sur une évolution des valeurs prédominantes dans la société ou au contraire sur un consensus social ancien. Différents exemples peuvent illustrer cette démarche. La Cour européenne a pu employer un tel argument en insistant sur le lien entre *modernité politique* et protection sociale[835] et en tirer certaines conséquences sur l'interprétation à donner de la Convention européenne[836]. La Cour suprême indienne s'est référée à la « révolution sociale pacifique » que promeut la Constitution indienne et à son objectif de changement de la structure de la société indienne, par la promotion de buts sociaux[837], la Cour suprême israélienne a fait état des valeurs qui guident la société israélienne[838]. Plus significative encore, la démarche retenue par le Tribunal fédéral suisse[839] pour dégager un droit constitutionnel non écrit à la garantie d'existence (« *Existenzsicherung* »). Le juge considère en effet que la garantie des moyens d'existence est un élément indispensable à une communauté démocratique de droit. Il souligne le consensus historique et doctrinal en la matière et en déduit

---

[831] Inde, C.S., Pashim Banga, précit., 1996 ; C.S., 31 janvier 1990: Shantistar Builders v. Narayan Khimalal Tatome and Others.
[832] Israël, HCJ 366/03, Commitment to Peace, précit., § 16, § 126-127.
[833] Idem, § 15, pp. 124.
[834] Diane ROMAN, Le droit public face à la pauvreté, LGDJ, 2002, pp. 302-306.
[835] CEDH, GC, 6 juillet 2005, Stec et al. c. RU, § 51.
[836] V. par ex. CEDH, GC, 12 nov. 2008, Demir et Baykara, § 84.
[837] Inde, C.S., Kesavananda Bharati v. State of Kerala (1973) 4 SCC 225, § 755.
[838] Israël, HCJ, 366/03, Commitment to Peace, précit., § 22.
[839] Suisse, Trib. Féd., 27 octobre 1995, P.V. ; P.V. et M.V. c. Ostermundigen et Berne ; Suisse, Trib. Féd., ATF 121, I, p. 367 et s. [371-373], 27 octobre 1995.

dès lors que la garantie d'existence doit être reconnue non seulement comme droit constitutionnel non écrit mais de surcroit comme droit justiciable, au sens où il est possible pour un juge de le concrétiser. La postérité de cet arrêt en souligne, si besoin était, le caractère hautement politique : en effet, il a été le prétexte de l'insertion, lors de la révision constitutionnelle de 1999, d'une disposition concernant expressément le droit des personnes en situation de détresse à une aide (art. 12).

Spectaculaire, la justification « sociétale » est peu fréquemment utilisée. Peut être - mais il s'agit là d'une hypothèse - en raison de sa dimension à proprement parler politique, dans la mesure où il repose expressément sur un *choix* de société. Or, l'idée même de choix est niée dans les arguments de type juridique ou humaniste, qui sont présentés comme des postulats irréfutables commandant la solution juridictionnelle. En d'autres termes, la force de persuasion de la décision de justice apparait peut-être plus évidente lorsque elle est présentée comme reposant sur une évidence transcendante, uchronique, celle de la nature humaine (argument « humaniste ») ou sur la nouvelle doxa juridique (indivisibilité des droits et contrôle judiciaire, argument juridique) que lorsqu'elle se présente comme le fruit d'une analyse politique des besoins sociétaux. Fonder l'ouverture d'un contrôle judiciaire aux droits sociaux peut ainsi sembler plus légitime lorsque cette ouverture repose sur une nature objective et universelle de l'homme ou sur l'effectivité des textes en cause. Un certain nombre de juges ont donc expressément *choisi* de faire évoluer le texte dont ils ont en charge le respect de façon à inclure une certaine protection des droits sociaux. Conclusion qui suppose, dès lors, d'analyser les modalités de ce contrôle c'est à dire ses finalités et ses effets.

II. L'effectivité des stratégies judiciaires d'inter-changeabilité des droits

Le recours aux droits civils pour la mise en œuvre de droits sociaux peut avoir plusieurs finalités. Tout d'abord, le juge peut dans certains cas constater que le texte qu'il interprète est méconnu du fait de l'abstention des pouvoirs publics. Dans cette hypothèse, le juge sanctionne la carence des pouvoirs publics, considérée comme constitutive d'une violation des droits fondamentaux (A). A un second degré, lors de la mise en œuvre des droits sociaux par le pouvoir exécutif ou législatif, le juge contrôle alors les modalités de la mise en œuvre des politiques sociales (B).

A. Contraindre à la mise en œuvre de politiques sociales

Alors même que le texte qu'il applique ne reconnait pas de droits sociaux, le juge peut être amené à considérer que les conséquences de la misère sont susceptibles de placer l'individu dans une situation telle que l'ensemble de ces droits constitutionnellement garantis seront méconnus. Au premier chef le droit à la vie et à la dignité de la personne. Mais généralement, une condition de seuil

est posée par le juge (1). En conséquence, une obligation d'agir peut être imposée aux pouvoirs publics (2).

1) Conditions : une menace directe pour la vie et la dignité de la personne

Les illustrations les plus symboliques sont généralement en lien avec le droit à la vie et à la protection de la dignité.

Il s'agit, dans cette hypothèse, de protéger *la vie* biologique de la personne. Un certain nombre de conséquences économiques et sociales ont été déduites de la proclamation du droit à la vie. Certes, ce lien n'est pas toujours admis. Outre la jurisprudence de la Cour européenne[840], des juridictions nationales peuvent sembler hésitantes à faire produire une telle conséquence à la stipulation conventionnelle[841]. Mais d'autres juridictions ont pu procéder à une interprétation constructive. L'exemple indien sur la revendication en justice du droit à l'alimentation l'illustre : le débat judiciaire sur le droit à l'alimentation en Inde a été porté par une campagne d'ONG grâce à une procédure de PIL, débutée en 2001 et à ce jour non encore définitivement jugée[842]. La pétition judiciaire visait à mettre en exergue le décalage entre la proclamation constitutionnelle d'un droit à la vie qui suppose implicitement mais nécessairement une alimentation suffisante pour mettre l'individu à l'abri de la malnutrition, et le dénuement d'une grande partie de la population indienne. Au fil des années, les revendications se sont élargies à différentes perspectives sociales et mettent l'accent sur la transparence administrative et la responsabilité des pouvoirs publics. Bien que non jugée au fond, la pétition judiciaire a donné lieu au prononcé de jugements « avant dire droit » (*interim order*) qui préjugent du lien établi par la Cour suprême entre droit à la vie et droit dérivé à l'alimentation. Ainsi, par exemple, la Cour a ordonné au gouvernement fédéral indien ainsi qu'aux autorités publiques d'introduire des repas cuisinés pour le déjeuner des écoliers scolarisés en école primaire, de garantir un approvisionnement en céréales à des prix aidés à des populations démunies ou encore de doubler les allocations attribuées aux programmes de travail ruraux[843].

D'autres illustrations peuvent être trouvées à travers les implications sociales du *droit à la dignité*. Des solutions identiques ont été retenues en Suisse ou au Royaume-Uni pour les demandeurs d'asile, quoique sur des fondements différents. En Suisse, saisi d'une affaire relative à des demandeurs d'asile sans ressources, le Tribunal fédéral de Lausanne a consacré un droit non écrit à une

---

840 V. *supra*.
841 R.U., WLR, R. v. Cambridge Health Authority, ex parte B [1995] 1 WLR 898.
842 Inde, C.S., PUCL v. Union of India and others (Writ Petition [Civil] No. 196 of 2001).
843 Les ordonnances prévisionnelles, qui déploient le large éventail de mesures de contrôle que les juridictions indiennes mettent en œuvre sont compilées sur le site de la campagne d'activistes indiens http://www.righttofoodindia.org/case/case.html.

garantie d'existence, sur la base d'une coutume constitutionnelle[844], lequel a ensuite été inséré dans la Constitution fédérale de 1999 (art. 12). Au Royaume-Uni, c'est par appel à la Convention européenne qu'un tel principe a été dégagé. Dans une affaire *Anufrijeva,* l'article 3 de la CEDH a été interprété comme imposant une obligation positive à la charge de l'État de procurer à un demandeur d'asile des secours[845]. Ultérieurement, dans un arrêt *Limbuela*[846]*,* le comité d'appel de la Chambre des lords a considéré que la privation de tels secours constituait une violation de l'article 3. L'argumentation retenue est particulièrement intéressante : si la Cour rejette l'argument selon lequel ce serait une question politique, elle retient un critère de gravité : le traitement n'est inhumain ou dégradant que si, par une mesure gravement préjudiciable, il méconnait les besoins les plus fondamentaux de l'être humain. L'appréciation est appelée à varier selon la situation personnelle (âge, sexe, état physique ou mental) et le contexte : ainsi, le fait de laisser à la rue de façon prolongée un demandeur d'asile est constitutif d'un traitement dégradant sous l'angle de l'article 3[847]. Quant au droit français, c'est sur le fondement d'une procédure de référé liberté et par appel à une directive européenne[848] qu'une solution identique a été retenue[849], aboutissant à la consécration d'un droit de tous les demandeurs d'asile à des conditions matérielles d'accueil.

2) Conséquence : une obligation d'agir *a minima*

Le juge peut ainsi utiliser les droits civils pour contraindre les pouvoirs publics à agir en matière économique et sociale. Néanmoins, il semble que l'obligation d'agir mise à la charge des pouvoirs publics soit restreinte à un noyau dur (urgence vitale, situation d'extrême gravité) qui peut être sérieusement limité par l'invocation d'autres intérêts.

La jurisprudence *indienne* est particulièrement intéressante, tant elle est citée en exemple pour son exemplarité. On voudrait s'attarder ici sur un cas célèbre : l'affaire *Olga Tellis*[850]. Il nous semble que deux lectures sont possibles de cet arrêt. Une première lecture va insister sur la richesse argumentative de la Cour, qui, s'appuyant sur une analyse de la réalité sociologique indienne, met en exergue les conséquences de l'exode rural et souligne les conditions de vie dramatiques dans lesquelles sont contraints de vivre les habitants des bidonvilles (*slums*). La Cour, insistant sur l'existence de menus commerces exercés par les habitants des rues dans des baraques de fortune, souligne qu'il faut nécessairement déduire du droit à la vie garanti par la Constitution le droit

[844] V. *supra*.
[845] UK, Anufrijeva v Southwark LBC [2003] EWCA Civ 1406.
[846] UK, R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parteLimbuela, [2005] UKHL 66, [2006] 1 AC 396, arrêt unanime.
[847] Limbuela, précit., § 7-9 (Lord Bimgham), § 60 (Lord Hope).
[848] Directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à l'accueil des demandeurs d'asile, article 2.
[849] France, CE, ord. , 20 octobre 2009, Mlle Salah, Epx Mirzoian, AJDA, 2010, p. 202, note S. Slama.
[850] Inde, C.S., Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation (1985) 3 SCC 545, p. 579. V. aussi Sodan Singh v. NDMC, (1989) 4 SCC 155.

à des moyens d'existence (*right to livelihood*)[851], ce qui lui confère une protection constitutionnelle. L'empathie que la Cour manifeste à l'égard des parias indiens transparait dans l'ensemble des – longs – développements de l'arrêt. Mais une seconde lecture est possible, s'attachant aux résultats : bien que la Cour suprême indienne ait reconnu un droit à des moyens d'existence, elle a refusé d'admettre que l'expulsion d'habitants de bidonvilles soit constitutive d'une violation du droit à la vie. En effet, d'une part elle a souligné que le droit à des moyens de subsistance pouvait être protégé contre l'État mais non revendiqué à l'encontre de celui-ci[852] (la Cour a précisé ce point dans une affaire ultérieure en affirmant que les pouvoirs publics n'ont aucune obligation légale de fournir, aux sans-abri des solutions de rechange en vue de leur réhabilitation)[853]. D'autre part, alors que les habitants de baraques de fortune dans lesquelles ils exerçaient de menus commerce faisaient valoir qu'une expulsion aurait pour effet de les priver de moyens de subsistance, la Cour suprême a rejeté leurs arguments au motif qu'« aucun individu n'a le droit d'utiliser des biens publics à des fins privées sans avoir, au préalable, obtenu les autorisations requises, et, par conséquent, il est erroné de prétendre que les sans-abri ont le droit d'occuper les trottoirs en y construisant des abris (…) quelles qu'aient été la contrainte économique ayant motivé ce geste »[854].

Autre exemple d'invocations d'intérets concurrents : celui offert par le droit à la santé. L'accès effectif au médicament est une préoccupation dont sont fréquemment saisies les Cours[855]. La jurisprudence *allemande* en offre une illustration intéressante. Saisie une première fois de la question du non remboursement par les caisses d'assurance santé de médicaments anticancéreux encore expérimentaux, la Cour constitutionnelle a rejeté la demande au motif que, si le droit à la vie impose aux pouvoirs publics « une obligation juridique objective de protection et de promotion de ce droit », sa mise en œuvre suppose un « important pouvoir discrétionnaire »[856]. Dès lors, les plaintes constitutionnelles relatives à cette obligation ne peuvent avoir pour objet que de « garantir que les autorités publiques prennent des mesures de protection de ce droit fondamental qui ne soient pas totalement inappropriées ou inadéquates ». Faisant application de sa théorie de la « réserve du possible » *(Möglichkeitsvorbehalt)*[857], la Cour considère, compte tenu de ces limitations, qu'« il est conforme à la loi fondamentale que l'obligation de paiement, au regard du principe de viabilité économique que les fonds de soins de santé sont obligés d'observer, soit conditionnée à l'approbation officielle d'un médicament ». Toutefois, la Cour a été amenée à faire évoluer sa jurisprudence dans une affaire

[851] Inde, C.S., Olga Tellis, précit., pp. 79-80.
[852] Idem, pp. 80-81.
[853] Inde, C.S., Municipal Corporation of Delhi v. Gurnam Kaur, (1989) 1 SCC 101.
[854] Id., pp. 87-88.
[855] V. la contribution de Tatiana GRÜNDLER, ci-dessous.
[856] All., Cour const., 5 mars 1997, 1 BVR 1071/95.
[857] All., Cour const., BVerfGE 33, p. 303 et s. [333], Numerus Clausus I. V. Céline FERCOT, « La justiciabilité des droits sociaux en Allemagne et en Suisse : des réticences progressivement surmontées », article à paraître.

dont on a souligné à la fois l'exceptionnalité et l'exemplarité[858] : saisie par un patient atteint d'une maladie extrêmement grave qui demandait le remboursement des frais médicaux non couverts, la Cour a rappelé les limites traditionnelles de son contrôle. Puis, soulignant l'importance du principe constitutionnel d'État social et des droits fondamentaux à la vie et à la liberté, la Cour constitutionnelle a considéré que violait ces principes le refus opposé à un assuré social de rembourser ses soins médicaux choisis par lui-même pour traiter sa maladie considérée comme extrêmement grave voire mortelle, pour laquelle aucun moyen de traitement conventionnel n'était alors disponible.

Le contrepoint indien est là encore pertinent : la Cour suprême a souligné l'impératif accès aux soins d'urgence qui constitue le noyau dur du droit à la protection de la santé[859]. Dans une affaire devenue célèbre, relative à un accident subi par un travailleur agricole, la Cour a affirmé que l'État ne peut éluder l'obligation constitutionnelle mise à sa charge de protéger la vie humaine[860] au motif que « tout ce qui est indispensable doit être accompli ». Pour ce faire, elle détaille les mesures qui doivent être adoptées. L'argument des contraintes des finances publiques a été ultérieurement développé par la Cour, à propos d'une disposition visant à limiter les modalités de remboursements des frais médicaux engagés par les fonctionnaires d'un État. L'État du Punjab, qui se prévalait de contraintes budgétaires, défendait la mesure en soulignant la nécessité de concilier le droit à la vie et à l'accès aux soins avec la protection d'autres intérêts publics. La Cour, après avoir rappelé le principe de séparation des pouvoirs et la nécessité de respecter les choix politiques émis, rappelle que son rôle se borne à vérifier l'absence d'arbitraire et le respect des droits constitutionnels et admet la validité de la réserve du possible[861].

La confrontation des exemples indien et allemand souligne à l'envie, en dépit de la différence importante existant dans tout à la fois les traditions juridiques, le développement économique et le système politique de ces deux pays, une intuition commune : l'appel au droits civils (en l'occurrence le droit à la vie) permet d'exiger une action administrative d'urgence lorsqu'un droit fondamental est méconnu. Ce résultat ne prive toutefois pas les autorités publiques d'une importante marge d'appréciation. Une conclusion identique peut être formulée lorsque le juge intervient pour contrôler la mise en œuvre de politiques sociales.

B. Contrôler la mise en œuvre de politiques sociales

Quels contrôles un juge peut-il exercer pour vérifier la conformité des politiques sociales aux droits civils proclamés par le texte qu'il est chargé

---

[858] All., Cour const., BVerfG, 6 déc. 2005, 1 BvR 347.
[859] Jennifer SELLIN, « Justiciability of the right to health: access to the medicines, the South African and Indian experiences », Erasmus Law Rev., vol. 2-4, 2009, p. 462.
[860] Inde, C.S., Paschim Banga Khet Majoor Samity v. State of West Bengal, (1996) 4 SCC 37, § 16.
[861] Inde, C.S., State of Punjab v. Ram Lubhaya Bagga (1998), 4 SCC 117-130.

d'appliquer, alors même que ledit texte ne lui reconnaît pas compétence pour protéger des droits de nature sociale ? De prime abord, aucun, serait-on tenté de répondre, au regard d'un principe de compétence *ratione materiae*. En réalité, la lecture de solutions judiciaires étrangères révèle une pluralité de contrôle. Plus précisément, trois stratégies de contrôle judiciaire semblent pouvoir se distinguer : un contrôle de type procédural sur le respect du principe de non discrimination ; un contrôle substantiel portant sur le respect effectif des droits garantis, lequel peut être plus ou moins approfondi, un contrôle « rationnel » portant sur les critères d'appréciation et de choix des pouvoirs publics.

1) Un contrôle de type procédural : le contrôle de la juste distribution et du respect du principe de non discrimination

Ce type de contrôle peut être illustré par la jurisprudence de la Cour européenne : depuis une dizaine d'années, la jurisprudence européenne considère expressément que le droit à l'attribution des prestations sociales est un droit patrimonial au sens des stipulations de l'article 1er du Protocole n°1 et qu'il doit, à ce titre, bénéficier de la protection conventionnelle Le principe vaut pour les prestations contributives[862] comme non contributives[863]. Cette protection est toutefois doublement limitée : d'une part, elle ne permet pas d'obtenir la condamnation d'une carence des pouvoirs publics à mettre en œuvre un régime de prestation sociale ; en effet, la Cour considère que l'article 1 du Protocole nº 1 n'impose pas aux États contractants d'instituer un régime de sécurité sociale ou de pensions. Cependant, dès lors que l'un d'eux met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale – contributive ou pas –, cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1 du Protocole nº 1 pour les personnes remplissant ses conditions[864]. D'autre part, il ne s'agit pas d'un droit substantiel et, par exemple, la Cour ne va pas jusqu'à considérer qu'il existe un droit à l'indexation de ces pensions. En d'autres termes, la protection du droit de propriété ne conduit pas à exiger des États qu'ils en préservent la valeur, par un mécanisme approprié de revalorisation[865]. Exclu d'une protection substantielle, le droit de propriété bénéficie en revanche d'une protection formelle : en effet, les prestations sociales étant assimilées à des biens, leur jouissance doit être encadrée, selon la clause « anti-discrimination » de l'article 14 de la Convention, par un régime juridique « sans distinction aucune fondée sur notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». La rédaction de l'article 14 constitue très

---

[862] CEDH, 16 septembre 1996, Gaygusuz c. Autriche, § 41.
[863] CEDH, 30 sept. 2003, Koua Poirrez c. F, n° 40892/98, § 37.
[864] CEDH, 12 avril 2006, Stec et autres c. RU, § 54, CEDH, 12 octobre 2004, Kjartan Ásmundsson c. Islande, § 63-64.
[865] CEDH, GC, 16 mars 2010, Carson c. RU.

nettement une liste ouverte[866], et la Cour a admis, par exemple, que « le lieu de résidence » pouvait être un motif supplémentaire de discrimination interdite par la Convention[867].

2) Un contrôle substantiel : le respect effectif des droits garantis

Dans ce type d'hypothèse, le juge vérifie si la législation adoptée est conforme aux droits sociaux. Cette justiciabilité objective des droits est particulièrement développée par la Cour suprême indienne qui affirme ainsi : « compte tenu du fait que les Principes directeurs de la politique de l'État (…) ne sont pas exécutoires devant un tribunal, il ne sera certainement pas possible de faire prendre une décision judiciaire pour contraindre l'État de garantir (…) le respect de ces éléments essentiels qui participent de la dignité humaine. Cependant, lorsqu'une législation a déjà été promulguée par l'État responsable de la satisfaction de ces besoins des travailleurs et qui, ce faisant, prend en charge leur droit de vivre dans des conditions de dignité humaine fondamentale, en termes de réalité concrète et de contenu, l'État peut certainement être astreint à veiller au respect de cette législation. En effet, tout manquement de l'État à agir pour garantir la mise en œuvre des textes de loi pertinents serait constitutif d'un déni du droit de vivre dans la dignité humaine, prévu par l'article 21, en particulier au regard de l'article 256, lequel dispose que le pouvoir exécutif de chaque État s'exerce de telle sorte qu'il puisse garantir le respect des lois votées par le parlement et de toute législation existante qui serait opposable à l'État concerné »[868].

Toutefois, malgré la solennité de la proclamation de l'importance des droits sociaux, le contrôle judiciaire peut demeurer assez restreint, la marge d'appréciation du pouvoir politique restant importante. La jurisprudence israélienne en atteste : l'interprétation extensive de la loi fondamentale sur la dignité n'a ouvert qu'un contrôle restreint de la Cour des dispositions législatives modifiant les règles relatives à l'instauration d'un revenu minimum garanti. La Cour considère que les obligations étatiques sont respectées par la mise en place d'un filet social ("protective net") qui ne peut être résumé à telle ou telle allocation. Une telle interprétation permet de ce fait à l'État de réduire de façon importante les prestations sociales, d'autant plus que la charge de la preuve incombe aux victimes, qui doivent prouver que les mesures ont eu des conséquences dramatiques sur leur existence[869], preuve difficile à apporter...

---

[866] Frédéric SUDRE (dir.), Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme, Bruxelles, Bruylant, 2009.
[867] CEDH, Gr. Ch., Carson c. RU, précit.
[868] Inde, C.S., Bandhua Mukti Morcha v. Union of India, (1984) 3 SCC 161, § 10, p. 183.
[869] Israël, C.S., Commitment to Peace and Social Justice Society, § 20, précit.

3) Un contrôle « rationnel » : l'encadrement des critères d'appréciation et de choix des pouvoirs publics

Dernier type de contrôle pouvant être distingué : celui de type rationnel exercé par certaines juridictions, cherchant à contrôler et éventuellement censurer le caractère « non raisonnable »[870] de certaines politiques sociales. Si l'exemple sud-africain est bien connu[871], celui allemand vient de bénéficier d'une certaine médiatisation. La Cour constitutionnelle procède à une lecture combinée des articles 1er al. 1 (intangibilité de la dignité humaine) et 2 al.2 (droit à la vie et à l'intégrité physique) en lien avec le principe de l'État social (art. 20). Sur ce fondement, une jurisprudence classique à dégagé une obligation pour les pouvoirs publics de consacrer au bénéfice des individus un droit à des conditions minimales d'existence[872], utilisé par la Cour constitutionnelle allemande dans sa récente décision *Hartz IV*[873] : la Cour considère que la réforme législative des prestations sociales méconnaît ces principes, les modes de calcul ne respectant ni la dignité de la personne humaine ni le principe de l'État social. Toutefois, sans se prononcer sur le montant des allocations concernées, elle cherche surtout à imposer une méthode de détermination de cette aide. Si la Cour rappelle que le législateur dispose d'une marge d'appréciation (*Gestaltungsspielraum)* en fonction de l'état de développement de la société et des conditions de vie existantes, néanmoins, des directives encadrent le pouvoir d'appréciation du législateur : notamment, le législateur doit, de manière équitable et compréhensible, dans le cadre d'une procédure transparente et appropriée, déterminer l'ensemble des charges nécessaires à l'existence sur les fondements de chiffres éprouvés et de méthodes de calcul concluantes.

Conclusion

Tout en concédant la pertinence historique et textuelle de la distinction entre droits civils et droits sociaux, un aperçu comparatiste permet de relativiser sa pertinence jurisprudentielle. et de souligner l'interchangeabilité des droits civils et sociaux pouvant exister dans certaines jurisprudences. En effet, il est techniquement possible aux juges, se fondant sur les droits civils proclamés par les textes qu'ils ont pour mission, d'intervenir dans le champ social. Quel que soit l'argument invoqué (nécessités sociales, protection de la personne, souci de l'effectivité des droits garantis), différents juges ont d'intégrer à leur domaine de contrôle la protection des droits sociaux. Le droit à la vie ou la sauvegarde de la dignité jouent en la matière un rôle privilégié de catalyseurs de

---

870 L'adjectif est employé ici comme une importation approximative de « reasonable test », employé par les juges de common law. V. *supra* l'article d'Isabelle Boucobza et David Robitaille.
871 Non étudié ici, compte tenu du fondement textuel de la protection des droits sociaux constitutionnels en Afrique du Sud.
872 V. Céline FERCOT, « Les contours du droit à un minimum vital conforme à la dignité humaine : à propos de la décision « Hartz IV » de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 », RDSS 2010 n° 4, p.653.
873 All., CC, 9 février 2010, 1 BvL 1/09, §§ 1-220 ; Céline FERCOT, précit., p. 653.

cette incursion dans un domaine que les textes initiaux leur refusaient. Se trouvent ainsi confirmés les propos d'A. Jeammaud et M. Le Friant selon qui « les propositions émanant d'un constituant ou d'un législateur (y compris celles dont la signification normative n'est pas un seul instant discutée) ne "font" rien, ne procurent rien, par elles-mêmes, Elles sont seulement mobilisables – et doivent être mobilisées pour produire effet – dans une argumentation et un débat extra-judiciaire ou judiciaire, aux allures de "lutte sur leur sens" »[874].

Faut-il pour autant conclure de cette possible interchangeabilité une « inutilité » *juridique* de la proclamation de droits sociaux ? Non certainement. S'il est, en pratique, possible de protéger l'individu contre les rigueurs de la misère sur le fondement de droits civils, en exigeant des pouvoirs publics une intervention d'urgence ou en contrôlant la rationalité et l'équité de cette intervention, en revanche, le tour d'horizon permet de souligner la nécessité *politique* de la proclamation de tels droits : tout d'abord, pour inciter le juge à se reconnaître compétent et à exercer un contrôle renforcer ; ensuite pour conférer une plus grande légitimité aux décisions rendues[875] ; enfin, pour s'assurer que la justiciabilité ainsi reconnue aux droits sociaux soit de nature à garantir leur effectivité, en offrant un contexte favorable au contrôle judiciaire en matière sociale. L'exemple indien est là encore précieux : on a pu noter un certain décalage existe entre « ce qui se dit » du droit indien (une jurisprudence hardie ayant reconnu la justiciabilité des droits sociaux, au risque d'un affrontement avec le pouvoir exécutif) et « ce que dit le droit indien » (un juge engagé dans un bras de fer avec le pouvoir politique et conduit à « négocier » son activisme)[876]. Constat qui permet de souligner combien le droit, bien plus qu'être une technique, est avant tout une politique…

Pour citer cet article

Diane Roman, « Les droits civils au renfort des droits sociaux : l'interchangeabilité des droits fondamentaux dans le discours judiciaire », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012
http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/les-droits-civils-au-renfort-des-droits-sociaux.pdf

---

[874] Antoine JEAMMAUD, Martine LE FRIANT, précit., p. 38.

[875] V. en ce sens Siri GLOPPEN, « Legal enforcement of social rights : enabling conditions and impact assessment », Erasmus Law Review, vol. 2, n° 4, 2009, pp. 472.

[876] S. MURALIDHAR, « Justiciable Enforcement of Economic and Social Rights: The Indian Scenario » précit. ; « The Expectation and Challenges of Judicial Enforcement of Social Rights », précit.

CHAPITRE 2 - DROIT FRANÇAIS

SECTION 1
L'EFFECTIVITE DES DROITS SOCIAUX DANS LE CADRE DES PROCEDURES D'URGENCE

OLIVIER LE BOT

Un demandeur d'asile se retrouve privé de toit et de moyens de subsistance, un chef de service refuse d'autoriser un délégué syndical à s'absenter de son travail pour se rendre à une réunion, un préfet contraint un salarié gréviste à reprendre le travail. Dans de tels cas de figure, le juge du fond statuant selon la procédure ordinaire ne pourra donner au justiciable qu'une satisfaction purement platonique. Il pourra certes annuler l'acte qui en est à l'origine, à raison de son illégalité, mais l'annulation interviendra des mois voire des années après que celui-ci a produit tous ses effets[877]. Il pourra également réparer le préjudice qui en a résulté mais, là encore, la consolation sera bien mince pour celui qui n'a pu exercer ses droits. Le demandeur d'asile n'aura pas bénéficié de ses droits à prestations, le délégué syndical n'aura pu se rendre à sa réunion, le salarié gréviste n'aura pas exercé son droit de cesser le travail pour faire aboutir des revendications.

Ces exemples mettent en évidence la nécessité d'une protection juridictionnelle rapide lorsqu'un droit social est menacé à brève échéance. Dans de telles hypothèses, c'est d'une intervention immédiate, ou à tout le moins très rapide, qu'a besoin le justiciable pour bénéficier d'une garantie concrète de ses droits.

Trois procédures, dont l'objet est de protéger, en urgence, les droits des personnes physiques et morales contre les actes et agissements de la puissance

[877] V. CE, 7 janvier 1976, Centre hospitalier général d'Orléans, n° 92162, Lebon p. 10. Le Conseil d'État confirme le jugement dans lequel le Tribunal administratif, statuant le 1er juin 1973, a annulé la décision adoptée par un directeur d'hôpital le 20 juin 1972 qui interdisait l'exercice du droit de grève à plusieurs agents pour la journée du 23 juin 1972. Un délai d'un an a donc été nécessaire au juge pour intervenir, là où une réaction en moins de 3 jours s'imposait.

publique, peuvent être utilisées à cet effet : le référé-suspension, le référé-liberté et la voie de fait administrative.

Le référé-suspension est codifié à l'article L. 521-1 du code de justice administrative (CJA). Cette procédure, introduite parallèlement à un recours au fond (dont elle constitue l'accessoire), permet d'obtenir du juge administratif la suspension d'une décision administrative à deux conditions. La première repose sur l'existence d'un doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée, c'est-à-dire sur une apparence ou une vraisemblance d'illégalité. La seconde condition réside dans l'urgence de la situation en cause. Elle sera caractérisée si le délai nécessaire à l'intervention du juge du fond est trop long pour permettre à ce dernier d'assurer une protection en temps utile des droits du demandeur[878].

Le ***référé-liberté***, ensuite, est codifié à l'article L. 521-2 du CJA. Il permet au juge administratif des référés de prononcer une mesure de sauvegarde en cas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Le demandeur doit en outre justifier d'une situation d'urgence[879] et, plus précisément, d'« une situation d'urgence imminente »[880], une situation « impliquant qu'une mesure soit prise immédiatement »[881]. La condition d'urgence est donc appréciée plus strictement dans le cadre de cette procédure. Lorsque l'urgence n'apparaît pas suffisamment caractérisée, le demandeur en référé-liberté peut être réorienté vers la procédure du référé-suspension où la condition d'urgence est appréciée moins strictement[882].

La ***voie de fait***, enfin, est une procédure relevant de la compétence des juridictions civiles et qui, dans la majeure partie des cas, se trouvent introduites devant le juge civil des référés[883]. Au point de vue substantiel, la voie de fait « par manque de droit » est caractérisée lorsque l'administration, agissant en dehors de l'exercice de ses pouvoirs, porte atteinte à une liberté fondamentale. Le constat d'une voie de fait permet au juge civil de déployer ses prérogatives à l'encontre de l'administration et, notamment, de lui adresser des injonctions.

---

[878] Concrètement, le juge des référés vérifie que le juge du fond ne pourra pas statuer avant que la décision attaquée ait produit des effets difficilement réversibles. Si l'écoulement du temps risque de préjudicier gravement aux intérêts du demandeur avant que celui-ci puisse assurer leur protection, l'urgence sera caractérisée. V. CE, Sect., 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, Lebon p. 29, faisant état d'une « urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue ».
[879] CE, ord. 18 février 2003, Commune de Pertuis, Lebon p. 68.
[880] CE, ord. 15 octobre 2004, Sahi, n° 273110.
[881] CE, ord. 9 mars 2007, Guiot et Section française de l'observatoire international des prisons, n° 302182, Lebon T.
[882] V., en matière de protection de la santé, l'ordonnance Guiot précitée. Le juge des référés reconnaît que le demandeur, détenu à la prison de Fresnes, doit être orienté vers une structure adaptée à son état de santé. Il rejette toutefois la requête introduite sur le fondement de l'article L. 521-2 pour défaut d'urgence, indiquant « que si l'état de santé de M. Guiot, rapproché des conditions de son maintien en détention, peut justifier l'urgence prévue par l'article L. 521-1 du code de justice administrative, ces éléments ne caractérisent en revanche pas l'urgence au sens de l'article L. 521-2 du même code, impliquant qu'une mesure soit prise immédiatement ».
[883] Sur le fondement de l'article 809 al. 1 du Code de procédure civile (CPC), qui permet au juge civil de « prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

En pratique, la plupart des décisions rendues en matière de droits sociaux concernent le référé-liberté. Cela s'explique par l'objet de cette procédure, dont la vocation exclusive est d'assurer la défense des libertés fondamentales et, parmi celles-ci, des droits sociaux. On relève par ailleurs un certain nombre de décisions rendues au titre du référé-suspension. Quant aux décisions rendues sur le fondement de la voie de fait, elles sont pour leur part extrêmement rares, et concernent en pratique les droits des travailleurs. Les autres droits sociaux n'ont pas donné lieu à des applications notables en la matière. Cela s'explique par la raison suivante : les atteintes qui leur sont portées résultent généralement d'abstentions, alors que la voie de fait doit être dirigée contre des actions[884].

Ces trois procédures, conçues pour assurer le respect de la légalité et la garantie des droits, peuvent être utilisées – et elles le sont effectivement – par les justiciables s'estimant victimes d'atteintes à leurs droits sociaux[885]. La question essentielle, dans une perspective pragmatique, est de savoir avec quel bonheur elles sont mises en œuvre, et pour quel résultat pour les intéressés.

A la lumière des décisions rendues, il apparaît que ces voies de droit sont de nature à garantir une protection efficace des droits sociaux, et ce sous l'effet de deux facteurs. Le premier réside dans la reconnaissance de pouvoirs d'urgence qui permettent au juge d'intervenir rapidement et d'agir en temps réel sur les situations. Le second résulte de l'exercice par le juge des référés de ses pouvoirs, qu'il accepte de mettre en œuvre, de façon parfois inventive, lorsqu'est en cause la violation de droits sociaux.

I. Une effectivité liée à l'existence de pouvoirs d'urgence

Pour assurer la protection des droits sociaux (comme des droits non sociaux), la loi organise un accès facilité au juge des référés et le prononcé très rapide d'une décision. Il en résulte une souplesse procédurale au niveau de l'engagement du recours et une extrême célérité au niveau du prononcé du jugement. Les pouvoirs qui lui sont attribués permettent en outre de mettre un terme sans délai à la situation qui se trouve à l'origine de l'atteinte.

A. Une saisine large et immédiate

Les procédures de référé, en contentieux administratif comme en droit judiciaire privé, favorisent une possibilité d'intervention immédiate du juge des référés.

Si la situation litigieuse trouve son origine dans une décision, chacune des trois procédures peut, sans délai, être engagée. Si, en revanche, cette

---

[884] Il est en effet nécessaire d'identifier que l'administration a agi en dehors de ses pouvoirs pour caractériser une voie de fait par manque de droit.
[885] Olivier LE BOT, « La justiciabilité des droits sociaux dans le cadre des procédures d'urgence », RDSS 2010, n° 5, à paraître.

situation résulte d'un comportement (une action ou une abstention de la puissance publique), le référé-suspension sera d'une utilité relative. Ce recours devant nécessairement être dirigé contre une décision, il appartiendra au requérant de susciter la naissance d'une décision administrative (c'est-à-dire d'adresser une demande à l'administration et, si elle ne répond pas, d'attendre deux mois pour que naisse une décision implicite de rejet rendant possible l'engagement du recours). Ce délai d'attente privera souvent d'intérêt l'introduction d'une telle demande. Les procédures du référé-liberté et de la voie de fait, pour leur part, seront tout à fait opérantes dans un pareil cas de figure dans la mesure où leur engagement n'est pas subordonné à la production d'une décision administrative. Peuvent être contestés, par exemple, la suspension d'un agent public[886], l'abstention du président d'université à rouvrir des locaux occupés[887], le maintien d'un détenu dans une cellule[888] ou encore le transfert d'un patient dans une unité de soins palliatifs[889]. Sur le fondement de ces procédures, le juge des référés ne statue pas sur une *décision* mais sur une *situation*[890]. Il peut être saisi, en conséquence, dès qu'une atteinte se produit.

Une fois la demande introduite (par voie de requête pour les juridictions administratives, et d'assignation devant les juridictions civiles), la demande va être instruite selon une procédure accélérée.

B. Une instruction accélérée

Après l'enregistrement de la demande, la procédure a été conçue pour un traitement extrêmement rapide des dossiers. Tout d'abord, la demande est

---

886 Cass. 1ère civ., 22 novembre 1983, Reymondon c. ministre de la santé et de la Sécurité sociale, n° 82-14.972, Bull civ. I, n° 277.
887 TA Toulouse, ord. 13 avril 2006, Wenger et autres : AJDA, 2006, pp. 1281-1286, note Xavier BIOY ; GP 13 octobre 2006, pp. 15-21, note Hélène HOEPFFNER.
888 CE, ord. 8 septembre 2005, Ministre de la Justice c. Bunel, Lebon p. 388.
889 TA Marseille, ord. 22 janvier 2004, Mme X, n° 04427/0.
890 Par exemple, dans l'affaire Aguillon et autres, les requérantes contestent formellement un arrêté préfectoral en date du 21 novembre qui, ordonnant la réquisition de salariés grévistes pour une période de sept jours, cesse de produire ses effets le 28 novembre, jour de l'introduction du pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. La décision contestée devant le premier juge ayant épuisé ses effets, le Conseil d'État aurait déclaré le pourvoi irrecevable si le recours avait été introduit par la voie de l'article L. 521-1. Mais le juge du référé-liberté, juge des situations juridiques, accepte de connaître du recours. Si la décision formellement mise en cause devant le juge du premier degré a cessé de produire ses effets, ceux-ci ont néanmoins été reconduits en termes strictement identiques, et pour une nouvelle période de dix jours, par une décision en date du 28 novembre. Cette seconde décision, qui produit des effets au jour où le juge statue, n'a certes pas été contestée en première instance. Mais dans la mesure où elle maintient la situation juridique née de la première décision et s'inscrit dans la continuité de celle-ci, le Conseil d'État prend en considération l'ensemble de la situation litigieuse. Il n'évoque pas isolément l'arrêté du 21 novembre ni celui du 28 novembre mais choisit de faire plus largement référence aux « arrêtés en cause » (CE, 9 décembre 2003, Aguillon et autres, Lebon p. 497, RFDA 2004, pp. 306-310, concl. Jacques-Henri STAHL ; pp. 311-321, note Paul CASSIA ; Dr. soc. 2004, pp. 172-176, concl. ; AJDA, 2004, pp. 1138-1140, note Olivier LE BOT ; AJFP 2004, pp. 148-150, note Carole MONIOLLE ; JCP G 2004, II, 10076, note Xavier PRETOT ; JCP A 2004, 1096, note Dominique MAILLARD DESGREES DU LOÛ ; Le Droit ouvrier 2004, pp. 184-188, note Mireille PANIGEL-NENNOUCHE ; RDSS 2004/2, pp. 298-309, note Daniel BOULMIER ; JCP A 2004, 1054, obs. Jacques MOREAU).

examinée par un juge unique, ce qui évite le recours à une formation collégiale, par nature plus lourde à mobiliser et plus lente à statuer. Ensuite, devant les juridictions administratives, le juge des référés peut rejeter immédiatement, sans instruction ni audience, les demandes visiblement vouées à l'échec. L'article L. 522-3 du CJA lui permet en effet de rendre ces ordonnances dites « de tri » dans deux hypothèses distinctes : d'une part lorsque « la demande ne présente pas un caractère d'urgence », d'autre part lorsqu'il apparaît « manifeste, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée ». En épargnant au juge une perte de temps inutile pour les demandes dénuées de pertinence, ce procédé favorise la rapidité d'intervention du juge dans les cas qui le justifient réellement.

Ces derniers, qui correspondent aux affaires présentant un intérêt suffisamment sérieux au vu de la requête, sont mis à l'instruction et jugés à bref délai après tenue d'une audience publique. L'instruction débute par l'échange de mémoires écrits et se poursuit à l'audience ou des documents et moyens nouveaux peuvent être produits et développés. Une fois qu'il s'estime suffisamment éclairé, le juge clôt l'instruction et statue sur la demande.

Ces aménagements procéduraux permettent d'aller très vite et d'obtenir une décision dans un délai extrêmement bref (de l'ordre de 3 à 4 semaines pour le référé-suspension, et de quelques jours voire quelques heures dans le cadre du référé-liberté et de la voie de fait). Par exemple, le tribunal administratif de Marseille a statué le jour même de l'introduction de la requête dans un litige concernant le transfert d'une patiente dans une unité de soins palliatifs[891].

C. Des mesures efficaces

Si les conditions d'obtention d'une mesure sont satisfaites, le juge peut, pour faire cesser l'atteinte portée à un droit social, suspendre la décision qui en est à l'origine ou prononcer une injonction à l'encontre de l'administration. La suspension d'exécution suffit en principe à faire cesser l'atteinte résultant d'une décision positive. Si l'atteinte trouve sa source dans une décision de refus, la suspension devra, pour remédier à l'atteinte, être assortie d'une injonction d'exécution[892]. Le juge peut par ailleurs adresser une injonction à l'administration, le cas échéant sous astreinte[893]. Concrètement, l'injonction peut prendre la forme d'obligations diverses : adopter une décision déterminée, adopter une décision dans un délai déterminé ou, enfin, adopter un

---

[891] TA Marseille, ord. 22 janvier 2004, Mme X, n° 04427/0.

[892] Laquelle peut être prononcée d'office par le juge, c'est-à-dire sans même avoir été sollicitée par le requérant. Le Conseil d'État considère en effet que le juge des référés peut, « de sa propre initiative » assortir la mesure de suspension « de l'indication des obligations provisoires qui en découleront pour l'administration » (CE, 27 juillet 2001, Ministre de l'emploi et de la solidarité c. Vedel, Lebon p. 416).

[893] L'astreinte est prononcée sur le fondement des dispositions de l'article L. 911-3 du CJA pour le juge administratif, et sur le fondement des dispositions de l'article 491 du CPC pour le juge civil.

comportement déterminé, positif ou négatif que le juge définit au regard des circonstances particulières de l'espèce pour mettre un terme immédiatement à la violation constatée. Quelle que soit la mesure prise, la décision revêtira, comme toute décision de justice, un caractère obligatoire et exécutoire, celui-ci pouvant produire effet dès son prononcé[894].

Au final, les pouvoirs et procédures mis à la disposition du juge des référés favorisent une intervention extrêmement rapide de ce dernier pour protéger les droits des plaideurs. Tout l'enjeu est alors de déterminer si le juge des référés *accepte* de mettre en œuvre ces pouvoirs lorsque les demandeurs engagent un recours pour violation d'un droit social. Fait-il preuve de prudence, de retenue au dessein de préserver les deniers publics, ou au contraire consent-il à utiliser pleinement et quel qu'en soit le domaine, les prérogatives qui lui sont confiées par la loi ?

Au regard des décisions rendues, il apparaît que les juges n'hésitent pas à mettre en œuvre les pouvoirs qui leur sont conférés. Il s'agit là du second facteur d'effectivité des droits sociaux, à savoir *l'exercice* par le juge de ses pouvoirs d'urgence.

II. Une effectivité liée à l'exercice des pouvoirs d'urgence

Devant les tribunaux judiciaires comme les juridictions administratives, le juge met en œuvre les pouvoirs qui lui sont reconnus pour protéger tant les droits des travailleurs que les droits sociaux qui impliquent, à titre principal, l'attribution de biens ou la prestation de services.

A. Des pouvoirs mis en œuvre pour les droits des travailleurs

Les décisions les plus nombreuses pouvant être recensées concernent les droits des travailleurs : liberté syndicale, droit de grève et liberté du travail.

1) Liberté syndicale

Le refus d'accorder aux syndicats et aux délégués syndicaux les droits qui leur sont reconnus par la loi (autorisations d'absence, décharge d'activité de service, mise à disposition de locaux) a été sanctionné à de multiples reprises par le juge des référés[895].

---

[894] L'article R. 522-13 al. 2 prévoit que le juge administratif des référés peut décider que l'ordonnance « sera exécutoire aussitôt qu'elle aura été rendue », et donc avant même sa notification. Dans le même sens, l'article 489 al. 2 du nouveau code de procédure civile prévoit qu'« en cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute ».

[895] Les requêtes dirigées contre les mesures n'affectant pas la liberté syndicale ont en revanche été rejetées. Ainsi, ne méconnaît pas cette liberté la décision de changer la serrure d'un des locaux attribués à un syndicat, dès lors que les documents et archives qu'il contient n'ont pas été déplacés, que le syndicat a la possibilité d'y accéder au moyen d'une clé détenue par le responsable de la sécurité et qu'il dispose d'un second local dans le même établissement (CA Paris, 11 mars 2002, Syndicat SMESAC / FAC – FGAF/UNSA, n° 2001/06973). De même, dans la mesure où la

Statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, le Conseil d'État a admis qu'une décision de retrait de décharges de service est un acte faisant grief[896] et, par conséquent, qu'un délégué syndical peut obtenir la suspension d'une telle décision par le biais de cette procédure. Encore faut-il, pour cela, justifier d'une urgence à obtenir la suspension demandée, comme l'a rappelé le Conseil d'État dans un arrêt du 28 décembre 2005[897]. Dans cette affaire, des agents désignés par la CFDT pour bénéficier de décharges de service au titre d'une activité syndicale démissionnent pour rejoindre un autre syndicat. La CFDT demande la suspension du refus opposé par le président du Conseil général de mettre fin à ces décharges de service. Le juge des référés de première instance rejette cette demande pour défaut d'urgence, ce que confirmera le Conseil d'État en affirmant que « le juge des référés a pu sans erreur de droit et sans insuffisance de motivation juger que la condition d'urgence ne pouvait être regardée comme remplie, dès lors que les requérants ne faisaient, en l'espèce, état d'aucune circonstance particulière de nature à justifier une atteinte grave et immédiate à l'exercice des libertés syndicales ».

Seules des circonstances particulières, caractérisant une situation d'urgence, permettent la mise en œuvre de cette procédure pour protéger la liberté syndicale. Ce pourrait être le cas, par exemple, si une décision de retrait intervenait à la veille d'élections professionnelles[898].

En pratique, le contentieux de la liberté syndicale s'est principalement concentrée sur le référé-liberté. Ainsi, l'administration a été condamnée pour avoir refusé d'accorder à un délégué syndical les 12 jours d'autorisations d'absence demandés par ce dernier pour le mois de janvier 2009. Faute de justification reposant sur l'intérêt du service, la décision est constitutive d'une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté syndicale. Aussi le juge décide-t-il de suspendre la décision attaquée et d'enjoindre à la commune, sous astreinte, de statuer à nouveau sur la demande du syndicat dans les huit jours suivant la notification de l'ordonnance[899].

---

liberté syndicale « n'implique pas qu'un syndicat puisse fixer son siège dans des locaux administratifs sans l'accord des autorités dont ceux-ci dépendent », le maire ne viole pas cette liberté en informant un syndicat que celui-ci pourra établir ses locaux non pas à l'intérieur de la mairie mais dans un autre bâtiment (CE, ord. 28 mars 2006, Commune de Saint-Chély d'Apcher, n° 291399, Lebon T).

[896] CE, 17 mars 2004, Syndicat départemental unitaire des Collectivités locales, de l'Intérieur et des Affaires sociales du Val-de-Marne (SDU/CLIAS 94), Lebon T. p. 752.

[897] CE, 28 décembre 2005, Syndicat CFDT Interco du Territoire de Belfort, n° 281909, AJFP 2006, p. 83 ; Dr. Adm. 2006, comm. 68, obs. Emmanuel GLASER.

[898] Hypothèse envisagée par le commissaire du Gouvernement Christophe DEVYS dans ses conclusions inédites sur CE, 17 mars 2004, Syndicat départemental unitaire des Collectivités locales, de l'Intérieur et des Affaires sociales du Val-de-Marne (SDU/CLIAS 94).

[899] TA Saint Denis de la Réunion, ord. 16 janvier 2009. Saisi d'un litige concernant la liquidation de l'astreinte décidée par le premier juge dans cette affaire, le juge des référés du Conseil d'État confirme que « les autorisations spéciales d'absence prévues aux articles 12 et suivants du [décret du 3 avril 1985] ont pour seul objet de permettre aux représentants des organisations syndicales, mandatés pour y assister, de se rendre aux congrès syndicaux ou aux réunions des organismes

Dans le même sens, le juge des référés a rappelé qu'une collectivité publique ne peut subordonner l'exercice des droits syndicaux à la présentation des « statuts » de la section locale dans la mesure où celle-ci, simple émanation du syndicat qu'elle représente, en est par nature dépourvue. Ainsi, en subordonnant la délivrance des autorisations d'absence à la fourniture préalable des statuts de la section syndicale, le directeur du CCAS de Bordeaux a porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté syndicale. Pour faire cesser l'atteinte, le juge enjoint « au CCAS de la ville de Bordeaux d'appliquer le protocole d'accord conclu le 25 janvier 1978 et de délivrer à M. Paniagua les autorisations d'absence que celui-ci sera amené à solliciter dans le cadre de ses activités syndicales au sein du bureau général du syndicat »[900]. Dans une affaire analogue, l'Office public d'habitat de Chartres avait cessé de mettre à la disposition du syndicat CFDT Interco 28 un local syndical et de lui accorder des décharges de service et autorisations d'absence au motif infondé qu'il ne disposait pas en son sein d'une section syndicale déclarée. Pour mettre un terme à cette atteinte, le juge enjoint à l'autorité administrative « de réexaminer, dans un délai d'un mois, les droits auxquels le syndicat CFDT Interco 28 peut prétendre s'agissant de la possibilité pour lui de bénéficier d'un local syndical situé dans les locaux de l'office ainsi que l'étendue de ses droits en matière de décharges syndicales et, dans l'attente de ce réexamen, de rétablir ce syndicat dans les droits dont il bénéficiait antérieurement en lui restituant le local dont sa section syndicale disposait jusqu'alors, l'ensemble des biens et documents qui s'y trouvaient, ainsi que les décharges de service et autorisations d'absence attribuées à ses représentants »[901].

Les mesures ordonnées en référé permettent, à l'image de cette injonction, de sauvegarder immédiatement la liberté syndicale menacée[902].

---

directeurs dont ils sont membres élus ; que sur la demande de l'agent justifiant d'une convocation à l'une de ces réunions et présentée à l'avance dans un délai raisonnable, l'administration doit, dans la limite du contingent éventuellement applicable, accorder cette autorisation en l'absence d'un motif s'y opposant tiré des nécessités du service, qui ne saurait être utilisé pour faire obstacle à l'exercice de la liberté syndicale, laquelle constitue une liberté fondamentale » (CE, ord. 19 février 2009, Syndicat autonome de la fonction publique territoriale de la Réunion, n° 324864, Lebon T).

[900] TA Bordeaux, ord. 13 décembre 2005, Syndicat CGT du Centre communal d'action sociale de Bordeaux, n° 0504746.

[901] CE, 31 mai 2007, Syndicat CFDT Interco 28, n° 298293, JCP S 2007, 1638, étude Bernard GAURIAU.

[902] On notera que dans le cadre de la voie de fait, il s'est avéré difficile d'identifier des décisions prises par l'administration en dehors de l'exercice de ses pouvoirs. V. notamment Cass. Soc., 28 novembre 1995, Union des travailleurs de l'énergie-Union générale des travailleurs de la Guadeloupe, n° 94-60.567. Une commission électorale de l'établissement public EDF avait, par décision du 19 octobre 1994, déclaré irrecevable la liste des candidats présentée par un syndicat aux élections de l'établissement. Le juge judiciaire rejette la demande présentée sur le fondement de la voie de fait. Selon la Cour de cassation, le tribunal d'instance saisi de la demande « a exactement décidé que cette décision, qui n'était pas manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir de l'administration, n'était pas constitutive d'une voie de fait ».

2) Droit de grève

Le juge des référés protège également le droit de grève. Il distingue, pour ce faire, ce qui relève de l'organisation normale du service et ce qui représente une violation caractérisée de ce droit.

Relève de la première catégorie la circulaire visant, après qu'une grève se soit tenue, à recenser, d'un côté, les agents absents pour fait de grève et, d'un autre, ceux absents pour autre motif régulier, en vue d'appliquer aux premiers une retenue sur traitement[903].

A l'inverse, représente une atteinte grave et manifestement illégale au droit de grève la décision préfectorale de réquisitionner *l'ensemble* des sages-femmes grévistes d'une clinique privée en vue de permettre un fonctionnement *normal* des services obstétriques. La décision, non proportionnée à l'objectif poursuivi, représente une négation du droit de grève puisqu'elle tend à ce que les services soient assurés précisément comme s'il n'y a avait pas de grève. Le juge suspend, par conséquent, les arrêtés portant réquisition des personnels grévistes[904]. L'atteinte trouvant sa source dans une décision positive, la suspension de cette mesure suffit à mettre un terme à la violation.

3) Liberté du travail

Les atteintes à la liberté du travail relevées par le juge des référés ont été plus rares. En pratiques, celles-ci se retrouvent dans le secteur hospitalier et ont été sanctionnées sur le fondement de la voie de fait. Ainsi, l'atteinte a été reconnue dans l'hypothèse où un praticien, faisant l'objet de poursuites disciplinaires, s'est trouvé suspendu de ses fonctions au-delà de la durée prévue par les textes sans faire l'objet, ni d'une réintégration, ni d'une mesure de sanction. Selon la Cour de cassation, toute prolongation de la mesure au-delà du délai prévu « est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration » et constitue, par conséquent, une voie de fait[905].

En revanche, lorsque la présence d'un praticien au sein d'un service a pour effet de paralyser le fonctionnement de celui-ci, l'administration dispose, sur le fondement de l'article L. 143-7 du code de la santé publique, du pouvoir de lui interdire l'accès aux locaux[906]. Dans ces conditions, un chef de service n'agit

---

[903] CE, 25 juillet 2003, SNUDI-FO, n° 258677, AJDA, 2004, p. 447, note Olivier GRIMALDI.
[904] CE, 9 décembre 2003, Aguillon et autres, Lebon p. 497. V. également TA Nantes, ord. 2 avril 2001, Syndicat Sud-CRC services santé-sociaux Loire-Atlantique, Dr. adm. 2001, com. n° 155, note David TANIA-MARIE.
[905] Cass. 1ère civ., 22 novembre 1983, Reymondon c. ministre de la santé et de la Sécurité sociale, n° 82-14.972, Bull civ. I, n° 277 (renvoi devant les juges du fond). Dans le même sens, Cass. 1ère civ., 29 mai 1996, Bull. civ. I, n° 229 ; Cass., 1ère civ., 6 mars 2001, Bull. civ. I, n° 63.
[906] CE, 15 décembre 2000, n° 194807, Venkemmel, Lebon, p. 630.

pas en dehors de ses pouvoirs en plaçant l'intéressé, même illégalement, en « autorisation d'absence » pendant une durée de plus de 16 mois[907].

On le voit, les droits des travailleurs sont efficacement protégés dans le cadre des procédures de référé. Le juge va, de manière identique, garantir l'effectivité des droits à l'attribution de biens et à l'obtention de services.

B. Des pouvoirs mis en œuvre pour les droits à prestations et à services

Ces droits sont, dans la pratique des référés, traités au même titre que n'importe quel autre droit.

1) Les droits à l'attribution de biens

Deux domaines illustrent la protection juridictionnelle des droits à l'attribution de biens.

Le premier concerne les conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile. Dans une formule de principe, le juge des référés du Conseil d'État affirme que « la privation du bénéfice des mesures prévues par la loi afin de garantir aux demandeurs d'asile des conditions matérielles d'accueil décentes jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement sur leur demande est susceptible de constituer une atteinte grave et manifestement illégale » au droit constitutionnel d'asile[908]. Le juge définit, en se basant sur les textes internes et communautaires garantissant l'aide sociale, les prestations auxquels le demandeur d'asile peut obtenir le bénéfice. L'autorité administrative doit, « aussi longtemps qu'il est admis à se maintenir sur le territoire en qualité de demandeur d'asile et quelle que soit la procédure d'examen de sa demande, lui assurer, selon ses besoins et ses ressources, des conditions d'accueil comprenant le logement, la nourriture et l'habillement, fournies en nature ou sous la forme d'allocations financières ou de bons ou en combinant ces formules ; (…) si, notamment lorsqu'une première évaluation des besoins spécifiques du demandeur est requise ou lorsque les capacités de logement normalement disponibles sont temporairement épuisées, l'autorité administrative peut recourir à des modalités différentes de celles qui sont normalement prévues, c'est pendant une période raisonnable, aussi courte que possible, et en couvrant les besoins fondamentaux du demandeur d'asile ; (…) une privation du bénéfice de ces dispositions peut conduire le juge des référés à faire usage des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 521-2 précité du code de justice administrative, lorsqu'elle est manifestement illégale et qu'elle comporte en outre des conséquences graves pour le demandeur d'asile ».

---

[907] Cass. 1ère civ., 17 février 2994, n° 249, CHU de Fort-de-France, JCP A 2004, 1277, note Olivier RENARD-PAYEN.

[908] CE, ord. 17 septembre 2009, n° 331950, Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c. Salah, Lebon, AJDA, 2010, p. 202-209, note Serge SLAMA ; JCP A 2009, 2262, note Laetitia FERMAUD.

Le juge s'emploie ainsi à donner vie et vigueur aux garanties prévues par la loi nationale et le règlement communautaire. Celles-ci ne restent pas lettre morte mais trouve, dans le prétoire du juge des référés, le levier d'une application effective. Ainsi, dans l'affaire *Salah*, le juge du premier degré avait ordonné à l'autorité préfectorale d'assurer l'hébergement en urgence de la requérante à qui aucune allocation financière ni solution matérielle d'hébergement n'avait été fournie. Saisi par la voie de l'appel, le juge des référés du Conseil d'État confirme cette solution. Le juge veille à ce que le droit des demandeurs d'asile à des conditions matérielles d'accueil décentes soit respecté, nonobstant la charge financière qu'il a nécessairement pour effet d'engendrer. A partir du moment où le principe d'une aide publique est prévue par la loi, le juge des référés se contente de l'appliquer : saisi par tout intéressé, il garantit que l'aide à laquelle l'individu a droit lui sera bien versée.

Le second domaine ayant donné lieu à des applications significatives est celui de l'aide sociale aux familles. Une affaire portée devant les juridictions administratives montre tout l'intérêt de ces procédures. Elle concerne une décision du 1er avril 2002, par laquelle le Département des Bouches-du-Rhône avait décidé de cesser le versement d'une aide sociale à l'hébergement à un bénéficiaire. Saisi sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille relève, pour conclure à l'existence d'une situation d'urgence, l'absence de ressources de la famille des requérants et ses difficultés d'hébergement. Il juge en outre que la décision portant cessation de versement de l'aide sociale étant insuffisamment motivée, elle est de nature à faire naître un doute sérieux sur sa légalité. Cette appréciation, contestée par la voie de la cassation, ne sera pas remise en cause par le Conseil d'État. La juridiction suprême confirme la suspension de la décision portant cessation de versement de l'aide sociale à l'hébergement, et l'injonction d'accorder cette aide aux requérants sous astreinte de 100 euros par jour de retard[909].

Les droits à l'obtention d'un service se trouvent pareillement protégés au moyen de ces procédures.

2) Les droits de bénéficier d'un service

Par la voie du référé-liberté et du référé-suspension, le juge des référés condamne les administrations publiques à verser aux particuliers les prestations sociales auxquels ils peuvent bénéficier. Deux obligations de l'État, qui ont pour contrepartie des droits des individus, ont ainsi vu leur effectivité renforcée grâce aux procédures de référé : l'obligation de soigner d'une part, l'obligation d'enseigner d'autre part.

Le droit d'être soigné a été protégé dans une très intéressante affaire soumise au Tribunal administratif de Marseille[910]. Une patiente développe, à la

---

[909] CE, 22 août 2002, Département des Bouches-du-Rhône, n° 247068, AJDA, 2002, p. 1245.
[910] TA Marseille, ord. 22 janvier 2004, Mme X, n° 04427/0.

suite d'une intervention chirurgicale pratiquée le 2 décembre 2003, un grave trouble neurologique caractérisé par la perte simultanée de la vue et de l'audition. Faute d'explication précise, l'hôpital suppose que ce trouble neurologique est dû à l'extension au cerveau d'une affection cancéreuse dont souffrait par ailleurs l'intéressée. Il en déduit, de manière plutôt hâtive, et en tous cas sans examen complémentaire, que l'intéressée est condamnée et doit être transférée vers une unité de soins palliatifs.

En s'adressant au juge du référé-liberté, la famille de la patiente va obtenir la condamnation de l'hôpital à réaliser les examens auxquels celui-ci refusait de procéder. Au cours de l'instruction, l'hôpital reconnaît qu'aucun examen spécialisé, notamment par un scanner, n'a permis d'établir que le cancer de l'intéressée avait atteint son cerveau (et, par conséquent, que le trouble neurologique dont elle souffre résulte de cette maladie et est insusceptible d'être soigné). Il en résulte, selon le juge « que les motifs médicaux à l'origine de la décision de transfert litigieuse, qui reposent sur le pronostic défavorable porté sur l'évolution de ce cancer, ne sont manifestement pas de nature à justifier la renonciation implicite qu'elle comporte, de voir traiter spécifiquement l'affection neurologique en cause ». Dans ces conditions, le refus implicite de l'hôpital « de procéder aux investigations complémentaires et aux soins éventuels requis par l'état neurologique de la patiente, malgré les demandes réitérées en ce sens de sa famille, et sans justification médicale spécifique sur l'irréversibilité de cette pathologie, doit être regardé comme portant atteinte de manière grave et manifestement illégale » au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Pour faire cesser cette situation, le juge enjoint à l'hôpital, de façon extrêmement précise et détaillée, « de faire procéder, dans le service où se trouve [la requérante] ou dans un autre service hospitalier approprié, à toutes investigations et à tous soins médicalement compatibles avec l'état général de l'intéressée, pour traiter spécifiquement son affection neurologique récente, comportant perte de la vue et de l'audition, et de n'envisager un transfert de l'intéressée dans une unité de soins palliatifs qu'au cas où l'irréversibilité de cette affection serait considérée comme établie ». La patiente, condamnée à partir d'un diagnostic incomplet, a ainsi droit à un examen approfondi suivi, le cas échéant, d'un traitement approprié. Par le biais du référé-liberté, un patient souhaitant bénéficier de soins qui lui sont refusés pourra, dans certaines limites, se les voir dispenser conformément à sa volonté[911].

Un second droit à service – le droit à l'instruction – s'est également trouvé protégé en référé. Il s'agit, plus précisément, du droit d'accéder à

---

[911] Il pourra, tout autant, obtenir une protection de son refus de bénéficier de soins ou de traitements. V. CE, ord. 16 juillet 2002, Feuillatey, Lebon p. 309 : Droit, déontologie et soin septembre 2002, vol. 2, n° 3, pp. 416-425, note Lynda OUATAH ; LPA 26 mars 2003, n° 61, pp. 4-10, note Cyril CLEMENT ; JCP G 2002, II, 10184, note Patrick MISTRETTA ; JCP A 2002, 1022, note Aurélie MERSCH ; Resp. civ. et ass. 2002, chron. n° 21, note Stéphanie PORCHY-SIMON ; Dr. adm. 2002, comm. n° 188, note Emmanuel AUBIN ; RGDM 2003/9, pp. 97-104, note Bertrand MATHIEU ; RGDM 2003/10, pp. 143-155, note Antoine GARAY ; Droit de la famille 2003, comm. n° 11, note Stéphane MOUTON.

l'enseignement supérieur, dont la consistance a pu être éprouvé en 2006 lors du blocage des universités par les étudiants opposés au « Contrat première embauche ». A l'image de nombreux établissements, l'Université Toulouse-Le Mirail se trouvait paralysée par le blocage des locaux. Refusant de se résigner face à cette situation, un étudiant toulousain en formation continue saisit le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA en invoquant une atteinte à la liberté personnelle. Pour apprécier le caractère grave et manifestement illégal de l'atteinte portée à cette liberté, le juge va mettre en balance deux considérations : d'une part la protection de la liberté personnelle, qui implique de ne pas subir de contraintes excessives, d'autre part la protection de l'ordre public, qui suppose de ne pas procéder à l'évacuation par la force des bloqueurs si cela implique des affrontements et le risque de blessés. En d'autres termes, il doit déterminer si les risques liés à une intervention des forces de l'ordre sont suffisamment caractérisés pour justifier l'atteinte portée au droit des étudiants de suivre leurs cours. Après avoir mis en perspective les diverses considérations en présence, il affirme « qu'il résulte des pièces du dossier que, dans la gestion de la situation qui prévaut à l'Université de Toulouse-Le Mirail depuis l'occupation et le blocage des accès aux locaux, le président de cette Université, alors même qu'il a mis en oeuvre les moyens de poursuivre des enseignements destinés à des catégories particulières d'étudiants et développer pour les autres des modes alternatifs d'acquisition des connaissances, n'a pas utilisé l'ensemble des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 712-2 du Code de l'éducation ; qu'il a ainsi illégalement méconnu l'étendue de ses pouvoirs ; qu'il n'est pas établi que la sauvegarde de l'ordre public et le respect des droits d'autrui auraient justifié qu'il s'abstienne d'exercer l'ensemble desdits pouvoirs ». Il ajoute que les menaces de troubles à l'ordre public n'étant pas suffisamment établies pour laisser se poursuivre l'atteinte à la liberté personnelle des étudiants, cette liberté implique de faire cesser les contraintes que le blocage fait peser « sur la poursuite de leur année universitaire ». Le dispositif de l'ordonnance en tire la conclusion qui s'impose pour sauvegarder l'accès à l'enseignement supérieur : « Il est enjoint au président de l'Université de Toulouse-Le Mirail de prendre toutes mesures utiles particulièrement à la poursuite de l'ensemble des enseignements dans les conditions propices à une préparation efficace des examens ». Les autorités universitaires sont ainsi condamnées par le juge des référés à rendre effectif le droit des étudiants au service public de l'enseignement supérieur.

Conclusion

En définitive, la saisine du juge des référés permet de garantir l'efficacité des droits sociaux dans les situations qui commandent une intervention très rapide. Non seulement le juge des référés est parfaitement outillé pour assurer, en urgence, la défense de ces droits mais, en outre, on constate qu'il accepte de mettre en œuvre les pouvoirs dont il dispose pour veiller à leur protection et garantir leur réalisation.

En précisant l'analyse, on observe toutefois une différence de situation selon les droits en cause et, plus spécifiquement, selon qu'existe ou non une structure capable de conseiller, d'aider et d'accompagner devant les tribunaux la personne victime d'une atteinte à ses droits. Lorsque de telles structures existent, l'effectivité des droits sociaux, dans le cadre des procédures d'urgence atteint un niveau élevé. C'est le cas pour les droits reconnus aux demandeurs d'asile : ces derniers sont efficacement protégés grâce aux compétences des associations qui leur viennent en aide et à la maîtrise par celles-ci des procédures contentieuses. C'est le cas également des droits des travailleurs, qui deviennent effectifs en référé grâce au concours actif des syndicats concernés. A l'inverse, dans les autres domaines, les structures sont moins nombreuses ou moins bien armées pour engager des procédures. Cela se ressent au niveau des possibilités concrètes qu'a l'individu de mener une action en justice. L'intéressé ignore qu'une voie de droit est à sa disposition ou encore est rebuté par la complexité des procédures. Dans un cas comme dans l'autre, il cèdera facilement devant le fait accompli et ne s'adressera pas à la justice pour obtenir la défense de ses droits.

Au final, l'appui institutionnel dont bénéficient les personnes victimes d'atteintes à leurs droits sociaux conditionne en grande partie l'effectivité de ces derniers dans le cadre des procédures d'urgence. L'efficacité des droits sociaux en référé ne dépend pas seulement de la qualité des procédures existantes. Elle est aussi fonction, pour une part significative, du dynamisme de la société civile pour favoriser l'accès de ses membres aux organes juridictionnels chargés de leur protection.

Pour citer cet article
Olivier Le Bot, « L'effectivité des droits sociaux dans le cadre des procédures d'urgence »,
La Revue des Droits de l'Homme, juin 2012
http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/l_effectivitc3a9-des-droits-sociaux-dans-le-cadre-des-procc3a9dures-d_urgence.pdf

SECTION 2
LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES DROITS SOCIAUX COMPAREE A CELLE DES DROITS CIVILS : EXISTE-T-IL UNE REELLE DIFFERENCE DE MISE EN ŒUVRE DES DROITS ?

Le postulat est constamment mis en avant : les droits sociaux seraient essentiellement programmatiques et ne pourraient pas faire l'objet d'une protection juridictionnelle comparable à celle dont bénéficient les droits civils ou politiques. Face aux droits sociaux, le juge, respectueux du pouvoir démocratique du Parlement et limité par le caractère politique des arbitrages budgétaires nécessaires à leur mise en œuvre, pratiquerait un *self restraint* et renverrait vers l'hémicycle des questions qui ne pourraient être tranchées dans les prétoires. L'argument méritait que l'on s'y attardât. Deux exemples ont été choisis, pour tenter de prendre la mesure de l'écart existant dans la mise en œuvre juridictionnelle des droits. Celui, d'une part, du contentieux du droit du séjour des étrangers (1), celui, d'autre part, des droits des salariés (2).

1) PROTECTION COMPAREE DU DROIT AU SEJOUR POUR MENER UNE VIE PRIVEE ET FAMILIALE NORMALE ET POUR RAISON MEDICALE : UNE APPROCHE SPECIFIQUE DU JUGE DANS LA PROTECTION DES DROITS ECONOMIQUES ET SOCIAUX ?

JOHANN MORRI

Le développement massif du contentieux des étrangers depuis la fin des années 1980 a fait l'objet de nombreux commentaires ou analyses. Une de ses caractéristiques est non seulement le nombre des affaires jugées chaque année mais aussi, au sein de ces affaires, la récurrence de certains types de contentieux, des moyens invoqués et des solutions juridictionnelles données.

Parmi les moyens les plus fréquemment invoqués figure, sans aucune contestation possible, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la

CEDH[912]. A partir de l'admission par le Conseil d'État du caractère opérant de ce moyen contre un refus de titre de séjour ou une mesure d'éloignement par les arrêts d'assemblée *Babas* et *Belgacem* du 19 avril 1991, s'est progressivement développé un corpus jurisprudentiel très codifié, qui a l'intérêt, pour les praticiens, les étrangers et l'administration, de présenter certains gages de prévisibilité et de stabilité[913] mais qui, corrélativement, peut sembler désormais ne plus guère présenter d'intérêt pour les chercheurs et les universitaires.

L'invocation du droit à la santé, ou, pour être plus précis, du droit de séjourner en France ou de ne pas être éloigné lorsque cette mesure emporterait, à raison de l'état de santé de l'intéressé et de l'absence de possibilités de soins des conséquences graves est également la source d'un contentieux récurrent et abondant[914]. Là encore, on est en présence d'un corpus jurisprudentiel relativement stable, même s'il n'exclut pas des évolutions majeures, comme vient de le montrer le Conseil d'État dans l'arrêt de Section du 7 avril 2010 *Ministre de l'intérieur c. Jabnoun et Ministre de l'Immigration c/ Bialy*[915], en réouvrant un chapitre qu'on croyait clos depuis années (la prise en en compte des facteurs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'effectivité de l'accès aux soins, sujet sur lequel aucune décision de principe n'était intervenue mais sur lequel les sous-sections du Conseil d'État avait tranché à de nombreuses reprises dans le même sens).

On est donc en présence, dans les deux cas, de contentieux présentant à juger chaque année des milliers d'affaires, et dans lesquels l'abondance du contentieux a permis la formation de ligne de forces, de principes et de standards de nature à faciliter la compréhension globale et l'étude critique (par opposition aux domaines où, faute de contentieux nombreux, l'observateur est confronté au risque de la généralisation hypothétique à partir d'exemples épars).

Mais au-delà de cette similitude tenant à la catégorie d'usagers concernés, au nombre des contentieux et à l'existence d'une jurisprudence stable, on pourrait objecter qu'il existe entre ces types de contentieux une différence de nature. Dans un cas, le juge intervient dans la protection d'un droit généralement classé dans les droits civils et politiques (le droit de mener une vie privée et familiale normale)[916] et, dans l'autre, dans la protection d'un droit

---

[912] Il est difficile de chiffrer avec précision le nombre d'affaires dans lequel ce moyen est invoqué, mais une estimation de 10 000 à 20 000 affaires par an paraît raisonnable sur un total de 35 015 requêtes contre des APRF ou des OQTF en 2008.

[913] Pour une analyse exhaustive de la jurisprudence en la matière, v. N. FERRAN, L'intégration des étrangers saisie par le droit. Contribution à l'analyse du droit des étrangers 1981-2006, dir. D. Rousseau : Th. dactyl., Montpellier 1, 2008.

[914] Chaque année, sur les 40 000 avis médicaux concernant des étrangers malades (premières demandes ou renouvellement), 12 000 sont négatifs. Si le taux de recours est identique au contentieux général des étrangers, le nombre de requêtes s'élèverait à plus de 3 000/ an. Compte tenu des enjeux humains le taux de recours est probablement plus élevé.

[915] AJDA, 2010, p.881, chron. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, JCP A, 2010, note S. SLAMA et B. DEMAGNY.

[916] Encore que cette classification ne soit pas évidente s'agissant du droit de mener une vie privée et familiale normale. Ainsi, dans les grands arrêts de la jurisprudence administrative, on note

social, le droit à la santé. Bien sûr, une objection vient immédiatement à l'esprit sur ce point : le fait que dans les deux cas, ces deux droits sont appréhendés sous l'angle commun du droit au séjour, c'est-à-dire, en définitive, d'une forme de la liberté d'aller et venir, est qui est l'archétype des droits civils et politiques, des « droits de ». Pour autant, doit-on considérer qu'un droit social perd toute spécificité dès lors qu'il est appréhendé sous l'angle du droit civil et politique qui en conditionne l'exercice ? En d'autres termes, le droit au séjour pour raisons de santé est-il un droit civil et politique avant d'être un droit social, ce qui fausserait par avance la comparaison ?

L'idée qu'il faudrait distinguer de « vrais » droits économiques et sociaux, qui se manifesteraient sous la forme pure d'un droit créance, de « faux » droits économiques et sociaux, qui seraient en réalité des libertés à coloration économique et sociale mériterait sans doute de vastes développements. Pour les besoins de cette étude, on se limitera à indiquer que tout droit économique et social, fut-il un droit de créance, suppose en amont la reconnaissance du minimum de libertés indispensables pour jouir effectivement de cette créance. De même que le droit à la retraite suppose de pouvoir correspondre avec sa caisse d'assurance vieillesse et de pouvoir franchir les portes de celle-ci pour déposer son dossier, le droit à la santé suppose de pouvoir accéder physiquement à un lieu où des soins seront prodigués. L'idée qu'il y aurait disqualification d'un droit économique et social chaque fois qu'il s'accompagnerait de l'exercice de la liberté d'aller et venir conduirait donc à vider la catégorie des droits économiques et sociaux, ce qui paraît une conséquence difficilement admissible.

Par ailleurs, le droit au séjour pour raison de santé ne se limite que rarement à l'exercice d'un simple droit au séjour : en effet, sauf dans des hypothèses exceptionnelles, le droit au séjour s'accompagne le plus souvent d'un accès aux soins (prise en charge médicale et protection sociale). Donc, en réalité, le « *droit de* » est non seulement une condition nécessaire pour l'exercice du « *droit à* », mais, en pratique, cette condition -le droit de séjourner pour être soigné- tend être à nécessaire et suffisante pour bénéficier de l'accès aux soins.

Pour peu que l'on admette, donc, que l'on est bien en présence d'un droit civil et politique d'un côté et d'un droit économique et social de l'autre, l'observation de la façon dont le juge assure la protection de ces droits dans le contentieux du séjour et de l'éloignement peut être l'occasion de rechercher s'il existe, en la matière, une approche spécifique du juge en fonction de la nature des droits en cause. A cet égard, il semble qu'il faille distinguer deux questions. D'une part, la question de l'impulsion initiale qui aboutit à consacrer ces droits

---

que : « La décision GISTI est (…) symptomatique de la reconnaissance par le juge administratif de principes généraux du droit à caractère social » (GAJA, 16ème édition, arrêt n° 90). Milite en ce sens la présence de ce droit dans le préambule de la constitution de 1946. Mais, à l'inverse, on peut noter que la présence de ce droit dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui regroupe des droits de « première génération », est un élément de rattachement à la catégorie des droits civils et politiques cf. arrêt CEDH du 27 mai 2008 N… c. Royaume Uni, § 44 : RTDH 2009. 261, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE.

ou à leur donner leur plein effet. D'autre part, la question de la mise en œuvre du régime de protection de ces droits et de ses modalités.

I. Le rôle du juge dans la consécration de ces droits

Un des aspects de l'opposition traditionnelle entre droits civils et politiques et droits économiques sociaux consiste souvent à insister sur le fait que la consécration des droits économiques et sociaux peut difficilement être réalisée par la simple voie jurisprudentielle, dans la mesure où leur mise en œuvre relève d'une politique publique, des mesures positives, une organisation administrative, des ressources, etc. et implique un ensemble de choix, qui relève en principe plutôt du législateur ou du gouvernement.

A. Le droit au séjour des étrangers malades : un droit préfiguré par le juge, consacré et étendu par le législateur

La consécration du droit au séjour des étrangers malades est le résultat d'un processus en plusieurs étapes : un principe posé par le juge, une pratique administrative qui en découle, et qui est finalement reprise et consacrée par le législateur.

A l'origine du processus, se trouvent les arrêts d'assemblée du 29 juin 1990, *Olmos Quinteiro* et *Imanbaccus*. Dans ces affaires, le Conseil d'Etat se penchait sur la première fois sur le contentieux de la reconduite à la frontière et consacrait l'existence d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation des conséquences d'une telle mesure. Le commissaire du gouvernement Faugère suggérait alors que cette hypothèse pourrait s'appliquer à « des cas exceptionnels dans lesquels la reconduite à la frontière aurait des conséquences humainement inacceptables : ainsi d'un étranger sous traitement médical lourd et continu ; de même sans doute d'une femme en fin de grossesse ». Ainsi, il ne s'agissait au départ que d'une application particulière de la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation, illustrée dès l'année suivante par des arrêts contrôlant l'erreur manifeste au regard des conséquences sur l'état de santé[917].

L'avis rendu en section administrative le 22 août 1996 à la suite de l'évacuation de l'Eglise Saint-Bernard achève de poser en principe le fait qu'est entachée d'erreur manifeste d'appréciation la reconduite la frontière lorsqu'est « sérieusement en cause l'état de santé des intéressés »[918], et c'est notamment à cet avis que se réfère le ministre de l'Intérieur pour estimer inutile un amendement déposé au mois de décembre suivant, dans le cadre de la discussion du projet de loi sur l'immigration[919]. L'amendement est toutefois adopté, et le 8°

---

[917] CE, 10 octobre 1991, Préfet des Alpes Maritimes c. Soares Semedo (aux tables, n° 125193) ; CE, 19 juin 1992, Préfet de l'Yonne c. Larbi (n° 131547, aux tables).
[918] Rapport annuel du CE pour 1996, p. 279 ; Grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 3ème éd., n° 29.
[919] V. l'historique des débats dans les conclusions du rapporteur public Claude JARDIN dans l'affaire Préfet de Police c. Jabnoun.

de l'article 25 de l'ordonnance de 1945, issu de la loi du 24 avril 1997, inscrit dans le droit positif le principe de l'interdiction d'éloignement d'un étranger résidant habituellement en France atteint d'une pathologie grave nécessitant la poursuite d'un traitement médical dont l'interruption pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi. De l'interdiction d'éloignement, on passe assez logiquement à la garantie d'un droit au séjour avec la loi dite « Chevènement » du 11 mai 1998, sur proposition de la mission Weil[920]. On assiste à cette occasion à quelques passes d'armes sur la générosité et l'impact excessifs de cette disposition. Ainsi, un ancien ministre de l'Intérieur déclare : « L'instauration d'une carte de séjour pour les étrangers malades (…) va multiplier les charges sociales que nous supportons… la France n'a ni vocation, ni intérêt à devenir l'hôpital du monde »[921].

La disposition adoptée, quelle appréciation peut-on porter sur l'impact du juge dans la consécration de ce droit ? Un point ressort avec certitude de la chronologie et des débats parlementaires : c'est bien de la jurisprudence administrative qu'est née l'impulsion qui a conduit à l'instauration d'une pratique administrative[922], puis à l'inscription d'un droit dans la loi elle-même. Pour autant, peut-on affirmer que la reconnaissance du droit au séjour pour raisons médicales est essentiellement l'œuvre du juge, et que le législateur n'aurait fait que couronner le dispositif ? Comme cela a été indiqué, il ne s'agit au départ, pour le juge, que d'illustrer la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation, qui est, par essence, assez restrictive[923] Mais le juge a joué un rôle essentiel en concrétisant par des annulations effectives, dès 1991-1992, ce qui n'était au départ qu'un propos illustratif dans des conclusions de commissaire de gouvernement. En revanche, rien ne pouvait laisser prévoir, dans ces conclusions, ou dans les premières solutions jurisprudentielles, l'ampleur du droit finalement reconnu. Ce droit change d'échelle, lorsque le législateur accepte de le reprendre à son compte et de lui donner une portée qui n'avait pas nécessairement été prévue au départ. Mais qu'il s'agisse d'un malentendu ou d'un « effet boule de neige », il reste que le juge a bien apporté une contribution importante à l'instauration d'un droit économique et social, qui concerne aujourd'hui des dizaines de milliers de personnes par an.

Il est également intéressant d'observer à quel point le processus qui a mené à la consécration de ce droit relativise l'opposition traditionnelle entre les

---

[920] Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration, La Doc. fr., 1997 p. 85.
[921] Charles PASQUA, Sénat, séance du 21 janvier 1998.
[922] Une approche complète impliquerait de prendre en compte l'impact de la mobilisation des associations qui se sont mobilisées pour le droit au séjour des étrangers malades, comme le Comede, l'ODSE, Act Up, etc., mais ce n'est pas le sujet de la présente étude.
[923] Il faut relativiser ce point, car c'est un argument rhétorique classique des commissaires du gouvernement que de montrer que l'évolution qu'ils proposent n'a qu'un impact limité… Il est rare, à l'inverse qu'un commissaire présente une solution comme révolutionnaire, bouleversante ou hérétique. Cela dit, il n'est pas certain que les formations de jugement soient dupes de ce type d'« euphémisation », tant il est fréquent qu'une évolution présentée comme limitée ait, par la suite, des conséquences majeures.

droits-libertés, qui pourraient être garantis par une simple abstention, et les droits-créances, qui supposent une action organisée pour que leur jouissance soit effective. En effet, la protection du droit à la santé pour les étrangers en situation irrégulière est, au départ, assurée par l'imposition d'une simple abstention. Mais la situation qui est créée par cette abstention (la présence d'étrangers ne pouvant être éloignés, au statut juridique indéterminé, et dont la prise en charge doit être assurée d'une façon ou d'une autre) engendre une situation face à laquelle les pouvoirs publics sont sinon tenus d'agir, du moins fortement incités à le faire, à la fois pour passer de l'obligation de ne pas éloigner à la création d'un statut juridique (un titre de séjour spécifique) et pour organiser l'octroi de ce statut (intervention du médecin inspecteur de santé publique ou, aujourd'hui, à compétences constantes, du médecin de l'Agence régionale de la santé). Par ailleurs, l'existence d'un droit au séjour pour soins ou à raison de l'état de santé est un élément important pour inciter à la mise en œuvre d'une prise en charge financière et médicale qui permette l'accès aux soins pour lesquels, précisément, le séjour a été protégé.

B. Le droit de mener une vie privée et familiale normale : une création revendiquée par le juge

On ne refera pas ici en détail l'historique de la reconnaissance du droit de mener une vie privée et familiale normale, si ce n'est pour rappeler les deux étapes majeures qu'on constitué l'arrêt d'Assemblée *Gisti* du 8 décembre 1978, qui énonce « qu'il résulte des principes généraux du droit et, notamment du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale », et les arrêts *Babas* et *Belgacem* du 19 avril 1991 qui consacrent la possibilité d'invoquer à l'encontre d'une mesure d'éloignement l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme protégeant le droit de mener une vie privée et familiale normale. On peut également souligner la continuité entre ces deux étapes qui, même si elles reposent sur des sources différentes, s'inscrivent dans une démarche générale du juge dont la cohérence a été souvent soulignée, notamment dans les commentaires les plus autorisés. Ainsi, les grands arrêts notent, à propos des arrêts *Babas* et *Belgacem*, que « la convention internationale prend ici le relais du principe général du droit dégagé par le juge » (*GAJA*, 16ème édition, arrêt n°90).

Si l'on examine la contribution respective du législateur et du juge dans la consécration du droit de mener une vie privée et familiale normale, on est frappé de voir que le rôle du législateur a été beaucoup plus limité que ne l'a été son rôle dans la reconnaissance du droit au séjour pour raisons de santé.

Certes, l'arrêt Gisti de 1978 ne consacrait pas ex-nihilo un droit au regroupement familial, puisque le principe d'un droit au séjour pour les membres des familles des étrangers autorisés à résider en France avait été posé, deux ans avant, par le décret du 29 avril 1976. Mais la simple consécration de ce

droit par voie réglementaire ne lui garantissait aucune pérennité, comme le démontrent aussitôt les circonstances de la suspension de ce droit par le décret du 10 novembre 1977, qui restreignait fortement le droit au regroupement familial, et la contestation de ce décret par le Gisti. En indiquant qu'il résulte des principes généraux du droit et, notamment, du Préambule de la Constitution que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale, qui comporte, en particulier, la faculté de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs, le Conseil d'État confère à ce droit une pérennité que le législateur s'était abstenu lui reconnaître. Le commissaire du gouvernement Dondoux indiquait d'ailleurs, à propos du décret, qu'il « vise à mettre en œuvre, aux lieu et place d'un législateur défaillant un droit au regroupement familial qu'impliquait soit un principe général du droit soit un principe à valeur constitutionnelle »[924]. L'intervention du législateur ne sera pas jugée urgente ou particulièrement nécessaire, puisqu'il faudra attendre la loi du n° 93-1027 du 24 août 1993 pour que soit introduit dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 un chapitre VI consacré au « regroupement familial ».

S'agissant de la protection contre l'éloignement, elle est là encore essentiellement l'œuvre du juge, ou plus exactement des conséquences qu'il tire des engagements internationaux. En effet, si le législateur avait délimité certaines catégories protégées contre l'éloignement à raison d'attaches familiales en France, il n'avait pas organisé de façon générale une protection contre l'éloignement à raison de ce droit. La consécration par le Conseil d'État de l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH au contentieux des mesures d'éloignement[925] donne une portée générale à cette protection. C'est désormais essentiellement en fonction de la jurisprudence administrative que vont être fixés ses contours.

Certes, l'intervention du législateur conserve tout son intérêt lorsqu'elle aboutit à protéger contre l'éloignement des étrangers dont la situation ne se rattache pas à la vie privée et familiale (par exemple la protection à raison de la durée du séjour habituel en France), mais dans les autres cas, compte-tenu de l'évolution restrictive de la législation en vigueur, les standards du législateur sont en général moins protecteurs que ceux du juge.

Au total, l'étude comparée du rôle joué par le juge dans la consécration du droit de mener une vie privée et familiale normale et du droit à la santé pour les ressortissants étrangers ne remet pas fondamentalement en cause l'opposition traditionnelle entre droit civils et politiques et droits économiques et sociaux, mais incite cependant à la nuancer.

---

[924] Droit social, 1979, p. 57.
[925] Qui faisait suite aux arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme dans les affaires Berrehab c. Pays Bas du 21 juin 1988 (série A n° 138) et Moustaquim c. Belgique du 18 février 1991.

En effet, dans le cas de la consécration du droit à la santé, le juge, sans procéder lui même à une consécration générale, pose les jalons qui vont sinon contraindre du moins inciter le législateur à intervenir. Il n'est donc pas étranger à l'impulsion initiale qui aboutit à la consécration de ce droit et ne se limite pas à mettre en œuvre les principes posés par législateur. La jurisprudence, en consacrant la protection contre l'éloignement pour raisons de santé, a précédé la loi. En revanche, le rôle joué par le législateur est décisif dans le changement d'échelle pour la mise en œuvre de ce droit, car au départ la protection qui résulte de la jurisprudence n'est conçue que pour agir dans des cas exceptionnels. Par ailleurs, si le juge joue un rôle important, quoique non exclusif ou décisif, il n'a pas nécessairement une conscience claire des conséquences de sa jurisprudence et ne revendique pas un rôle moteur par rapport au législateur. En revanche, s'agissant du droit de mener une vie privée et familiale normale, on observe deux différences essentielles. En premier lieu, le juge semble avoir une conscience plus claire de la portée de son intervention et moins de complexes sinon à empiéter sur le champ du législateur, du moins à le suppléer : qualifié ici de « législateur défaillant » (conclusions Dondoux sur l'arrêt Gisti de 1978), ou rappelé ouvertement à ses limites[926]. En second lieu, l'intervention du législateur et du gouvernement est assez limitée, sauf pour définir les modalités de mise en œuvre du droit au regroupement familial.

II. Le rôle du juge dans la mise en œuvre de ces droits

Dès lors qu'il s'agit d'examiner l'efficacité réelle de la protection d'un droit, « le diable est dans les détails ». La façon dont ces droits sont mis en œuvre, notamment par le juge, peut avoir une incidence pratique extrêmement importante, qui peut, selon les cas, donner sa pleine portée à un droit ou, au contraire, en rendre l'exercice limité ou aléatoire. Ainsi, des règles en théorie très protectrices sur le droit d'asile sont à peu près sans portée sans possibilité concrète d'accéder au guichet pour déposer une demande. Or, ce qui paraît aller de soi pour des usagers *lambda* de l'administration est loin d'être évident pour des personnes en situation juridique ou matérielle précaire, telles qu'un demandeur d'asile. Il aura fallu l'intervention du Conseil d'État, dans le cadre d'un des premiers référés-liberté, pour rappeler l'évidence : pas de droit d'asile sans possibilité effective de déposer une demande[927]. Un très grand nombre de facteurs interviennent entre la proclamation ou la reconnaissance d'un droit et sa garantie effective. Pour n'évoquer que ceux qui concernent le juge, on peut évoquer des questions telles que les modes d'interprétation de la loi, le degré de contrôle, les « standards » jurisprudentiels, la charge de la preuve, etc.

---

[926] « Si l'on suppose un instant que le législateur a entendu écarter toute protection en dehors des cas prévus (par la loi) il en résulterait nécessairement que la loi serait, dans cette mesure, incompatible avec la Convention », concl. DONDOUX, précit.

[927] « Le référé liberté et le droit d'asile », note J. MORRI et S. SLAMA sous CE, réf., 12 janvier 2001 Mme Hyacinthe, AJDA, 2001, p. 589.

Si l'on en revient à la distinction entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux, la thèse classique de l'opposition entre ces deux notions devrait logiquement conduire à ce que la spécificité des droits économiques et sociaux s'illustre dans une approche particulière et restrictive, voire particulièrement restrictive, à leur endroit, qu'il serait possible d'opposer à une approche plus audacieuse ou plus intransigeante du juge en matière de droits civils et politiques. De même, on pourrait penser que lorsqu'il intervient dans la protection des droits économiques et sociaux, qui est « étroitement dépendante des ressources dont l'État peut disposer »[928], le juge est particulièrement attentif à l'impact économique et budgétaire de sa jurisprudence.

A. Article 8 *versus* regroupement familial ou comment le juge s'efforce d'appliquer les engagements internationaux sans priver le Gouvernement et le Législateur de leurs prérogatives

L'une des questions récurrentes s'agissant de l'application du droit de mener une vie privée et familiale normale dans le contentieux des étrangers concerne les rapports entre l'institution du regroupement familial et la norme européenne de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme.

L'institution du regroupement familial est l'ensemble des règles permettant à l'étranger en situation régulière de faire venir en France, sous certaines conditions, son conjoint et ses enfants mineurs. Les conditions ont varié au gré des évolutions politiques et juridiques dont le droit des étrangers est coutumier, mais restent, pour l'essentiel, fondées sur deux critères[929] : l'existence de ressources stables et suffisantes et d'un logement considéré comme normal pour une famille de même composition vivant en France[930]. Ces règles reposent sur l'idée qu'en contrepartie du droit reconnu au ressortissant étranger d'être rejoint par sa famille, il est normal d'exiger que celui-ci puisse démontrer, au préalable, qu'il sera en mesure d'assurer des conditions matérielles satisfaisantes pour sa famille, cette exigence étant justifiée soit par des considérations utilitaristes (empêcher que le membre de famille ne devienne une « charge » pour la société française), soit par ces considérations d'intégration (donner au membre de famille les conditions permettant une intégration rapide dans la société française)[931].

Le « revers de la médaille » est la difficulté ou l'impossibilité pour les étrangers, même en situation régulière et présents de longue date sur le

---

[928] J. RIVERO, H. MOUTOUH, Libertés publiques, t. I, 9e édition, n° 135.
[929] On laissera ici de côté les critères d'intégration qui tendent, dans la période récente, à être mis en avant, avec les problèmes que posent ces critères dans d'une procédure concernant des personnes qui résident et vivent à l'étranger.
[930] Auxquels s'ajoutent depuis 2003 la condition d'intégration républicaine dans la société française. V. D. LOCHAK, « Devoir d'intégration et immigration », Revue de droit sanitaire et social, 2009, p. 18 ; « L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration », Cultures & Conflits, 64, hiver 2006, n° 51.
[931] V. en ce sens la thèse de N. FERRAN, précit.

territoire français, de faire venir leur famille lorsque leur emploi, leurs ressources ou leurs possibilités d'obtenir un logement ne satisfont pas ces conditions. Cette difficulté concerne notamment les travailleurs précaires, occupant des emplois à temps partiel ou mal rémunérés, vivant dans des agglomérations où l'offre de logement est insuffisante, ou parents de familles nombreuses. Face à ces difficultés, la pratique consistant à se faire rejoindre par des membres de famille « hors regroupement familial », entrés avec un visa de court séjour ou, plus rarement, de façon irrégulière, est relativement courante. Les gouvernements successifs ont fréquemment réaffirmé leur souhait de faire échec à ces pratiques, notamment en limitant au maximum les possibilités de régularisation pour les membres de famille entrés hors de ce regroupement, qui sont par exemple exclus du droit à la carte de séjour « *vie privée et familiale* »[932].

L'apparition du contrôle fondé sur l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme aurait pu remettre en cause ce dispositif, dans la mesure où il conditionne l'exercice du droit de mener une vie privée et familiale normale à des conditions d'ordre économique et social, ce qui n'est pas prohibé par principe par la convention, mais pouvait occasionner des contradictions de « standard », dans l'appréciation de la balance entre atteinte au droit protégé et justification invoquée pour cette atteinte. En effet, dans la mesure où les notions de la convention sont des notions autonomes, éclairées par la jurisprudence d'une juridiction internationale, il n'y a pas de raison pour qu'elles coïncident *a priori* avec les exigences du droit national (sauf recours à la notion de marge nationale d'appréciation dans certains cas). En d'autres termes, il était tout à fait possible que les exigences de l'article 8 obligent à assouplir les règles de séjour des enfants et conjoints d'étrangers, et relèguent au second plan les exigences d'ordre économique et social mises en avant par le législateur et l'Exécutif pour limiter ce séjour. L'enjeu de ce débat était essentiel, car l'affaiblissement du regroupement familial par une lecture totalement autonome de l'article 8 aurait retiré au Gouvernement et au Parlement un instrument de contrôle de l'immigration (enjeu de souveraineté) et aurait sinon fait disparaître, du moins fortement atténué, le principe selon lequel le droit d'être rejoint par sa famille devait être conditionné par le respect de conditions matérielles et économiques (enjeu économique et social).

Le terrain privilégié de cette opposition a été le contentieux de l'éloignement. En effet, s'il est possible de contester le refus de regroupement familial en invoquant l'article 8, cette voie est peu utilisée, sans doute en raison de la durée des procédures (qui s'ajoute à la durée de la procédure de regroupement). Le contentieux se noue donc le plus souvent lors de l'édiction d'une mesure d'éloignement à l'encontre du membre de famille et de son contrôle

---

[932] Ceseda, art. L. 313-11 7 ; exclusion en partie théorique, dans la mesure où elle aboutit soit à placer l'étranger protégé par l'article 8 mais exclu par le législateur dans une situation de « ni-ni » (ni éloignable, ni régularisable) en cas d'annulation de la mesure d'éloignement, soit à la délivrance du titre que le législateur entendait refuser (en cas d'annulation du refus de titre de séjour assortie d'une injonction).

par le juge. Face à une telle situation, deux types d'orientations jurisprudentielles étaient concevables. La première consistait à estimer que la possibilité de bénéficier d'une procédure de regroupement familial, même lorsque les conditions de cette procédure ne seront pas nécessairement remplies à brève échéance, constitue un élément qui sera, sinon un obstacle à ce que soit retenue l'atteinte disproportionnée, du moins un élément qui conduira à ne la retenir que dans des cas tout à fait exceptionnels. On retrouve les premières décisions consacrant cette approche dès le début des années 1990[933]. La seconde approche consiste à faire prévaloir le caractère autonome des droits reconnus par la convention et à estimer que, même si la possibilité de regroupement familial est un élément à prendre en compte pour apprécier la gravité de l'atteinte portée au droit à la vie familiale, elle ne l'exclut pas par principe. Elle est consacrée dans un arrêt CE, 3 avril 2002, *Mme Owusu*[934], qui censure pour atteinte disproportionnée au droit de mener une vie privée et familiale un arrêté de reconduite à la frontière pris à l'encontre du conjoint d'un étranger en situation régulière et parent de deux enfants « *alors même* » que cette personne peut prétendre au regroupement familial.

En pure logique, une de ces approches aurait dû prévaloir sur l'autre. En réalité, l'on a assisté pendant plusieurs années à la cohabitation de ce que le rapporteur public L. Derepas nommait, dans ses conclusions sur l'arrêt *Boudaa*, un « premier ensemble » et un « second ensemble » de décisions, c'est-à-dire de deux courants jurisprudentiels sinon parallèles du moins d'une conciliation délicate… Et si le rapporteur public estimait, avec une certaine bienveillance, que « ces deux courants ne sont pas contradictoires » et « traduisent simplement le fait que le même critère, la possibilité de recourir au regroupement familial, peut, en fonction des circonstances de l'espèce, venir au soutien d'un rejet ou ne pas faire obstacle à une annulation », force est de constater qu'il était parfois bien difficile de déterminer dans quelles circonstances d'espèce l'article 8 devait céder le pas devant le regroupement familial, et réciproquement. En pratique, c'est une typologie de situations qui a été progressivement forgée par le juge pour indiquer les cas dans lesquels, malgré la possibilité de regroupement, l'atteinte devait être regardée comme constituée (en fonction du titre de séjour détenu par le conjoint, de la durée du séjour, du nombre des enfants, etc.). Mais si cette typologie a assurée une certaine prévisibilité, elle ne réglait pas la question de principe.

La façon dont le Conseil d'État, dans le récent arrêt *Boudaa*,[935] a choisi de clarifier cette question lancinante, offre une illustration de la façon dont le juge évalue l'impact de sa jurisprudence sur la politique publique avec laquelle

[933] V. CE, Président de la section du contentieux, 2 décembre 1992, Mme Yachir, n° 135418, non publié ; CE, Président de la section du contentieux, 19 septembre 1994, Préfet de la Marne, n° 156808 ; CE, Président de la section du contentieux, 21 novembre 1994, M. Li, n° 147199, non publié ; en dernier lieu, CE 30 mai 2005, Préfet du Val-de-Marne c. Mme Diarra, n°260364, aux tables.
[934] Req. n° 231033, publié aux tables.
[935] CE Sect., 28 déc. 2009, n° 308231, Mme Boudaa, épouse Azzi.

elle est susceptible d'entrer en contradiction ou en concurrence. Le Conseil d'État énonce désormais sans ambiguïté que : « la circonstance que l'étranger relèverait, à la date de cet examen, des catégories ouvrant droit au regroupement familial ne saurait, par elle-même, intervenir dans l'appréciation portée par l'administration sur la gravité de l'atteinte à la situation de l'intéressé ». Mais le regroupement familial, chassé par la porte, revient aussitôt par la fenêtre, puisque dans le deuxième temps du raisonnement, le Conseil d'État indique que l'administration « peut en revanche tenir compte le cas échéant, au titre des buts poursuivis par la mesure d'éloignement, de ce que le ressortissant étranger en cause ne pouvait légalement entrer en France pour y séjourner qu'au seul bénéfice du regroupement familial et qu'il n'a pas respecté cette procédure ».

Si l'on s'en tient à la formulation de principe, la portée de l'évolution jurisprudentielle ainsi opérée est difficile à saisir. Car si l'administration ne peut plus, dans un premier temps, faire « *comme si* » la possibilité future et hypothétique d'obtenir un regroupement familial atténuait les effets, immédiats et certains, d'une mesure d'éloignement, elle peut, dans un second temps, justifier la gravité de l'atteinte ainsi portée en invoquant la nécessité de s'opposer au contournement du regroupement familial : au final, on peut donc se demander ce que cela change, pour les intéressés, que le regroupement familial soit opposé dans la phase initiale ou finale du raisonnement de l'administration...[936] Derrière cette formulation subtile, voire byzantine, les conclusions du rapporteur public font en réalité apparaître une nouvelle distinction : entre les cas où la vie familiale est née sur le territoire français (par exemple, dans le cas du titulaire d'une carte de séjour étudiant qui rencontre, en France, un autre étranger en situation régulière, et l'épouse alors que les deux conjoints sont présents sur le territoire français) et ceux où cette vie familiale est née à l'étranger et où le « rejoignant » était conscient, dès l'origine, d'enfreindre les règles du regroupement familial.

Sans aller jusqu'à dire que la montagne accouche d'une souris, il faut constater que cette évolution –si elle devait être la seule conséquence de l'arrêt *Boudaa*- est d'une portée limitée, la situation dans laquelle la vie familiale est née sur le territoire français étant beaucoup moins fréquente que celle du conjoint ou des enfants qui rejoignent ce territoire quelques années après le départ du père ou de la mère.

La justification du caractère limité de cette évolution est très explicite : éviter, autant que possible, de retenir dans l'application de la Convention une solution qui contredise l'approche du législateur national. Dans ses conclusions, le rapporteur public, après avoir longuement développé les raisons qui militent pour l'abandon de la jurisprudence antérieure, revient néanmoins sur « la

[936] V. en ce sens N. FERRAN, S. SLAMA, « Contentieux de la reconduite : l'éveil de la conscience des préfets à l'article 8 de la Convention EDH en cas de non-recours au regroupement familial », JCP G, 2010, p. 231.

nécessité d'assurer une certaine effectivité à la procédure de regroupement familial », et après avoir rappelé que la jurisprudence Diarra se veut « la traduction du primat donné par les textes à la procédure de regroupement familial sur les autres modes d'installation régulière des familles étrangères sur le territoire français », il invite le Conseil à adopter une solution qui ne sape pas le primat du regroupement familial : « Nous avons dit combien ce primat avait un caractère relatif depuis que les étrangers peuvent se prévaloir directement de la méconnaissance de l'art. 8 de la CEDH. Il reste que vous devez vous efforcer de donner une portée à la volonté ainsi exprimée par le législateur. »

Au total, la position retenue par le Conseil d'État semble reposer sur le postulat que ce n'est ni au juge de définir une politique publique définie par le gouvernement et le législateur, ni d'en contrecarrer la mise en œuvre. Certes, elle s'accompagne également d'une justification sur le terrain de la morale et du rapport à la loi, puisqu'il s'agirait, toujours selon le rapporteur public, de traiter différemment –de manière moins favorable- les personnes qui ont « sciemment contourné la procédure de regroupement familial en procédant à l'introduction des « rejoignants » par d'autres voies ». Mais sur, ce point, on peut estimer que le raisonnement est un peu circulaire, car le respect dû à la loi dépend aussi de sa conformité à la norme supérieure (en l'occurrence internationale).

Opposer l'audace du juge et son constructivisme en matière de droits « classiques » à sa frilosité en matière de droits économiques et sociaux se heurte pour le moins au constat qu'en matière de droits classiques, le juge prend aussi largement en compte des aspects de politique publique. A l'inverse, il peut même dans la mise en œuvre de droits économiques et sociaux, faire preuve d'une certaine « audace » pour tirer les conséquences de la législation en vigueur.

B. Droit à la santé et prise en compte des ressources dans l'accès aux soins : quand le juge tire, tardivement mais complètement, toutes les conséquences des principes posés par le Législateur

La loi garantit le droit au séjour de l'étranger « résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire »[937]. De l'interprétation qui est faite de ces conditions (résidence habituelle, nécessité d'une prise en charge médicale, conséquences d'une exceptionnelle gravité en cas de défaut de prise en charge, absence de possibilité effective de bénéficier d'un traitement approprié dans le pays d'origine) dépend l'étendue des droits reconnus aux étrangers concernés et, corrélativement, l'impact pour l'État français. Or, la question de la charge représentée par ces dispositions avait été largement évoquée lors des débats

[937] Ceseda, art. L. 313-11, 11 et L. 511-4.

ayant précédé leur adoption, les opposants à cette mesure insistant sur les conséquences financières potentielles d'une telle réforme.

Le juge a tout d'abord eu à déterminer ce qu'il fallait entendre par « conséquences d'une exceptionnelle gravité ». Sans surprise, eu égard à la rédaction de la disposition en cause, la jurisprudence a rapidement écarté l'interprétation très restrictive qui aurait conduit à considérer que seul un risque vital pouvait faire regarder cette condition comme remplie. La notion de conséquences d'une exceptionnelle gravité a donc été comprise comme incluant les cas de pathologies invalidantes ou d'atteinte à l'intégrité physique, comme le risque de cécité[938]. Un degré supplémentaire a été franchi lorsque cette notion également a été comprise comme incluant, mais uniquement dans certaines circonstances particulières, l'interruption d'un processus de fécondation *in vitro* ou d'un traitement contre la stérilité[939], ou l'interruption d'une hormonothérapie féminisante pour des personnes transexuelles, lorsqu'elle répond à une indication thérapeutique et que l'interruption du traitement entrainerait des risques importants[940]. Au total, et malgré certaines limites[941], c'est une notion relativement large de « conséquences d'une exceptionnelles gravité » qui a été retenue.

Beaucoup plus délicat était, en raison de ses enjeux, le problème de la portée à donner à la notion d'accès « *effectif* » aux soins, qui vient de donner lieu aux arrêts de la section du contentieux du 7 avril 2010 *Jabnoun* et *Bialy*[942]. Dans une interprétation restrictive et abstraite, on pouvait considérer que cet accès devait s'entendre sur le plan strictement médical et que les soins devaient être considérés comme effectivement disponibles dès lors qu'ils étaient dispensés dans le pays en cause, et sans considération de leur coût et de la possibilité pour le patient de le prendre en charge seul ou dans le cadre d'un système de protection sociale. Au contraire, une interprétation concrète conduisait simplement à rechercher si, dans une situation donnée, un étranger pouvait accéder aux soins, sans distinguer selon la nature des obstacles, médicaux ou financiers, qui pouvaient empêcher cet accès. Elle conduisait à reconnaître le bénéfice de la disposition en cause à des personnes originaire d'un pays dans lequel une offre médicale adaptée existe mais où, par exemple, l'absence de système de protection sociale ou d'accès aux soins exige, pour bénéficier du traitement, un niveau de ressources sans commune mesure avec celles de l'intéressé.

---

938 CE 31 janvier 2000 Préfet d'Ille et Villaine c. Farzouz, aux tables.

939 CE 21 février 2000 Préfet de Seine Saint-Denis c. Jelassi, au Recueil, CE 7 juillet 2004 Préfet des Hauts-de-Seine c. Badja, n° 260388 ; a contrario, CE 30 novembre 2005 Préfet de Police c. Njike Nyatcha, n° 263476.

940 CE 30 juin 2003 Préfet du Val d'Oise c. Martillo Jarrin, n° 248215, et CE 30 juin 2003 Préfet de Police C/ Boubkari n° 252621, publié aux tables.

941 CE 28 avril 2000 Mboume, n° 211323, l'absence d'intervention chirurgicale pour une arthrose de la hanche droite n'est pas de nature à entrainer des conséquences d'une exceptionnelle gravité

942 Les conclusions de M. GUYOMAR ont été publiées sur le blog : http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/04/20/.

On peut objecter – d'autant plus en connaissant la solution qui été finalement apportée à la controverse- que la loi elle-même était dépourvue d'ambiguïté, et que, comme l'a notamment relevé le rapporteur public C. Jardin devant la Cour administrative d'appel de Paris, le terme « effectivement » renvoyait nécessairement et évidemment à une approche concrète, la simple consultation du dictionnaire indiquant que les synonymes de ce termes sont « réellement », « véritablement » et « vraiment ». Et ce d'autant plus que l'administration elle-même avait – du moins à l'origine[943]- retenu cette interprétation dans la circulaire du ministère de l'intérieur du 12 mai 1998, qui indiquait que «la possibilité pour l'intéressé de bénéficier ou non du traitement approprié (…) dépend notamment de l'existence des moyens sanitaires adéquats, mais encore des capacités d'accès du patient à ces moyens (...) L'accès aux structures sanitaires éventuelles est fonction de la distance entre le lieu de résidence du patient et la structure de soins qui conditionne le suivi médical régulier mais aussi, s'agissant de personnes le plus souvent démunies, de l'existence d'une couverture sociale et de son étendue ou d'une prise en charge financière des soins par la collectivité ».

Mais force est de constater que cela n'est pas du tout celle qui a été retenue pendant la première décennie d'application de la loi. En effet, sans que cette question ait jamais été soumise à une formation solennelle du Conseil d'État ou ait fait l'objet d'une décision publiée, la jurisprudence était constante pour s'en tenir à la disponibilité théorique des soins et pour écarter le critère des ressources[944]. La solution retenue par le Conseil d'État dans les arrêts *Jabnoun* et *Bialy*, en effet, referme cette parenthèse de plus dix ans, en jugeant, conformément aux conclusions du rapporteur public Guyomar, que c'est bien une approche concrète de l'accessibilité des soins qui doit prévaloir. Le Conseil d'État, après avoir rappelé que « l'autorité administrative ne peut légalement décider l'éloignement de l'étranger que s'il existe des possibilités de traitement approprié de l'affection en cause dans le pays de renvoi », indique que « si de telles possibilités existent mais que l'étranger fait valoir qu'il ne peut en bénéficier, soit parce qu'elles ne sont pas accessibles à la généralité de la population, eu égard notamment aux coûts du traitement ou à l'absence de modes de prise en charge adaptés, soit parce qu'en dépit de leur accessibilité, des circonstances exceptionnelles tirées des particularités de sa situation personnelle l'empêcheraient d'y accéder effectivement, il appartient à cette même autorité, au vu de l'ensemble des informations dont elle dispose, d'apprécier si l'intéressé peut ou non bénéficier effectivement d'un traitement approprié dans le pays de renvoi ».

---

[943] Il paraît assez clair que, dans les faits, cette interprétation large n'était plus celle retenue par l'administration, car dans le cas contraire, elle n'aurait pas suscité un abondant contentieux.

[944] V. par exemple CE, 13 février 2008 Ministre de l'Intérieur c. Antir, n° 297518 ; CE, 28 septembre 2005 Préfet de Police c. Ngami, n° 25826 ; CE, Président de la section du contentieux, 7 juillet 2004, Toumi, n° 261709 ; CE, Président de la section du contentieux, 20 décembre 2000 Rahimi, n° 22458.

Avancée incontestable dans la protection du droit à la santé des étrangers, cette position ne peut faire l'objet que d'une appréciation nuancée sur ce qu'elle révèle ou illustre de l'attitude générale du juge administratif vis-à-vis de la protection de ce droit et, à travers lui, des droits économiques et sociaux. En effet, cette appréciation doit être la combinaison de trois constats qui ne vont pas nécessairement dans le même sens :

- Le premier constat, qui a été rappelé, et qui serait plutôt un argument en faveur de la thèse d'une prudence particulière ou excessive du juge dans la mise en œuvre de ces droits, réside dans le fait que cette prise de position solennelle du Conseil d'État met un terme à une période de plus dix ans pendant laquelle a prévalu une interprétation de la loi extrêmement minimaliste, dont le rapporteur public a relevé, dans ses conclusions, qu'elle était à la fois en décalage avec « les termes de la loi », « les travaux préparatoires », « l'économie même du dispositif de protection », sans que cela suscite de controverse majeure (qui serait manifestée, par exemple, par des solutions divergentes des sous-sections jugeant seules). La façon dont s'est élaboré ce consensus minimaliste ne permet pas de disposer de document (conclusions de rapporteurs publics, par exemple) qui en aurait explicité de façon incontestable les raisons et les fondements théoriques. Mais il est difficile d'écarter l'hypothèse de craintes vis-à-vis d'un impact financier, économique et social trop important, dans la mesure où, pour préconiser l'évolution de jurisprudence en cause, le rapporteur public, qui n'avait pas relevé de raison juridique déterminante pour l'interprétation antérieure, s'est employé à relativiser, de façon précise et chiffrée, l'impact de l'évolution proposée, en s'appuyant sur le bilan des premières années d'application de la loi[945].

- Le deuxième constat est tiré de ce que cette prise de position ne s'est pas opérée, comme c'est souvent le cas, sous la contrainte du droit européen des droits de l'Homme ou du droit international. En effet, la position prise par le Conseil d'État dans les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* contraste singulièrement avec celle de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt rendu par la grande chambre dans l'affaire *N… c/ Royaume-Uni* du 27 mai 2008 (*préc.*). En effet, dans cet arrêt la Cour, d'une part, opère une hiérarchisation très nette des droits civils et politiques et des droits économiques et sociaux au regard de la convention européenne, en rappelant que « même si nombre des droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre économique ou social, la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques » et que « le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention », et, d'autre part, en tire des conséquences extrêmement nettes, voire brutales, en jugeant que si l'article

---

[945] L'analyse était d'autant plus précise qu'elle était faite a posteriori, à partir des taux d'octroi de la carte de séjour pour soins. On peut donc penser que le fait qu'une période d'essai ou d'observation, si l'on peut dire, ait permis d'apprécier l'impact de la loi, a joué un rôle dans l'évolution intervenue.

3 de la CEDH doit empêcher l'expulsion d'étrangers malades « dans des cas très exceptionnels », il ne fait pas obligation à l'État contractant de pallier les disparités entre les systèmes de soins et les systèmes sociaux-économiques des États « en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. », ajoutant que « conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants »[946].

- Le troisième constat qui, il est vrai, relève de la tautologie, porte sur le fait qu'au final, le juge a surmonté ses réticences et donné sa pleine portée aux dispositions législatives. Même si la façon dont ces principes seront appliqués par les juges du fond sera déterminante, la position adoptée offre un exemple de cas où, par la combinaison de l'intervention du législateur et du juge, la justiciabilité d'un droit économique et social est garantie, à la fois en principe et en pratique, et avec des implications assez fortes (si on les juge, par exemple, aux craintes que des implications similaires ont pu inspirer à la CEDH).

Au total le juge administratif, même s'il a fait preuve au départ d'une certaine timidité, a fini par tirer toutes les conséquences de la lettre de la loi, tout du moins lorsqu'il est apparu qu'on disposait de suffisamment de recul les implications du dispositif.

Ainsi, s'agissant de la mise en œuvre des droit, l'opposition ou la distinction entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux semble perdre de sa force. Certes, le juge prend soin, en matière de droit à la santé, d'apprécier l'impact de la mise en œuvre complète des règles posées par le législateur. Mais en réalité, cette approche ne singularise pas le contentieux des droits économiques et sociaux, puisqu'elle est également très présente dans le contentieux du droit de mener une vie privée et familiale normale, où se manifeste, dans l'application concrète des principes, un souci – parfois explicite – d'apprécier l'impact de cette jurisprudence par rapport à la politique gouvernementale et la sa mise en œuvre législative[947].

Au terme de ce tour d'horizon, on peut faire un constat et une réserve.

Pour aussi décevant que cela puisse paraître, l'étude comparée de la protection du droit de mener une vie privée et familiale normale et du droit à la santé n'autorise pas de conclusions radicales sur la différence d'approche du juge à l'égard des droits économiques et sociaux et des civils et politiques. L'idée d'une prudence ou d'une réticence particulière du juge à l'égard des droits économiques et sociaux n'est pas complètement démentie, puisque l'on voit bien

---

[946] Par. 44.

[947] On se souviendra, par exemple, que dans ses conclusions sur l'arrêt Gisti de 1978, le commissaire du gouvernement Dondoux avait pris, avant de conclure, de formuler deux observations sur « l'opportunité du décret » de 1977 dont il proposait la censure, en soulignant, d'une part, que le décret – et son annulation – n'avaient qu'une portée symbolique, 96 % des étrangers vivant en France étant sous régime conventionnel et, d'autre part, que l'influence du regroupement familial sur le marché de l'emploi était marginale.

que la consécration du droit à la santé comme protection contre l'éloignement et droit au séjour a été l'œuvre conjointe du législateur et juge, là où, en matière de droit à la vie privé et familiale, le juge a œuvré de façon plus originale et autonome. En revanche, au stade la mise en œuvre des principes, la distinction s'estompe quelque peu. Loin de se comporter, en matière de droits civils et politiques, comme un « *pur esprit* » indifférent aux conséquences économiques, sociales ou politiques de ses décisions, le juge est attentif à l'impact de ses décisions et à la façon dont elle peuvent se concilier – ou pas – avec les politiques publiques.

Si, dans certains domaines du droit des étrangers, le juge a canalisé le législateur, il s'est aussi montré attentif à ne pas priver les gouvernants successifs des moyens de leur politique. S'il n'a pas été un simple alibi, il n'a pas non plus été le rempart espéré par ceux qui voyaient dans le juge un instrument de contestation de ces politiques[948]. Sur un plan anecdotique, il est par exemple frappant de voir, dans les conclusions des commissaires du gouvernement ou de rapporteurs publics, des développements consacrés à démontrer que l'évolution proposée ne conduira qu'à des annulations exceptionnelles ou ne feront pas peser une charge excessive sur l'administration ou sur les finances publiques[949].

De ce point de vue, il semble y avoir un invariant, une caractéristique transversale aux deux types de droits. Cela dit, et c'est sur point que s'impose une réserve, le fait que les deux droits étudiés se rattachent au domaine, particulièrement sensible, du droit des étrangers rend difficile de savoir si cette caractéristique est générale ou s'observerait, de la même manière, dans un domaine où les enjeux politiques ou de société sont moins aigus.

Pour citer cet article

Johann Morri, « Protection comparée du droit au séjour pour mener une vie privée et familiale normale et pour raison médicale : une approche spécifique du juge dans la protection des droits économiques et sociaux ? », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012
http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/protection-comparc3a9e-du-droit-au-sc3a9jour-pour-mener-une-vie-privc3a9e-et-familiale-normale-et-pour-raison-mc3a9dicale.pdf

---

[948] Non que ces limites n'aient pas été perçues par les défenseurs de la cause des étrangers : « il faut admettre que, dans un contexte globalement défavorable aux immigrés, le juge ne peut à lui seul contenir une évolution législative qui paraît faire consensus au sein de la classe politique, à défaut de recueillir le soutien unanime de l'opinion publique. D'autant que ce juge ne vit pas dans une tour d'ivoire et peut être lui aussi convaincu de la nécessité de « maîtriser les flux migratoires », même au prix de restrictions aux droits des étrangers » D. LOCHAK, « Défendre la cause des étrangers : portée et limites de l'arme contentieuse », contribution au colloque électronique de la Fondation Albert-COHEN, mai 2010
http://ecolloque.fondationmemoirealbertcohen.org/index.php?page=defendreetrangers.

[949] Pour un exemple, v. Mathias GUYOMAR, concl. précit. : « l'évolution de jurisprudence qui vous est proposée aujourd'hui nous paraît nécessaire pour conférer à la protection des étrangers malades décidée par le législateur sa pleine portée sans que les modalités d'application que nous avons retenues fassent peser sur l'administration une charge insupportable et reposer sur son juge un contrôle impossible ».

2) Comparaison du contentieux des droits de retrait et au respect de la vie personnelle en droit du travail

Thomas Bompard

Les droits de retrait et au respect de la vie personnelle ont tous deux fait l'objet d'une médiatisation récente. Le premier est fréquemment exercé par les salariés travaillant dans les transports en commun, suite aux agressions subies par eux ou leurs collègues de travail[950]. La question de l'articulation entre la vie personnelle et la vie professionnelle retient également l'attention des médias, notamment en raison de l'expansion des réseaux dits sociaux sur internet[951]. Outre leur médiatisation, un autre point commun les unit : ils seraient une illustration en droit du travail de l'opposition entre les droits « civils » et les droits « sociaux ». Alors que le droit au respect de la vie personnelle s'analyse comme la projection dans les rapports de travail du droit au respect de la vie privée – droit civil par excellence[952] –, le droit de retrait constitue en la matière une déclinaison d'un droit social, le droit à la protection de la santé[953].

D'un côté, le droit de retrait est attaché à la qualité de salarié[954]. Il ne peut par conséquent trouver qu'à s'exercer aux temps et lieu de travail. Droit individuel, même si plusieurs salariés peuvent le faire valoir en même temps, il a été inséré dans le Code du travail par la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982. Au sein d'une partie consacrée à la santé et à la sécurité au travail[955], l'article L. 4131-1 prévoit, dans sa version actuellement en vigueur, que : « le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection. Il peut se retirer d'une telle situation (…) ». Fondé sur l'idée du

---

[950] V. par ex. : « Reprise du trafic des bus à Metz après la levée du droit de retrait des chauffeurs », AFP, 16 juill. 2010 ; il l'a été par des médecins pour la même raison (Richard BOUDES « Le « droit de retrait » des médecins de nuit à Valdegour », Midi Libre, 13 mai 2010), ainsi que par des dizaines d'opérateurs de crainte de perdre leur ouïe (Francine AIZICOVICI, « Des centres d'appels sous le choc… acoustique », Le Monde, 21 mai 2010).

[951] Judith DUPORTAIL, série en quatre volets sur le thème : « La vie privée au travail », Le Monde, 16-20 août 2010 ; Jean-Emmanuel RAY, « Sur Facebook, ce n'est pas le salarié qui s'exprime contre son employeur, mais le citoyen », entretien au journal Libération, 26 sept. 2010.

[952] Consacré à l'art. 9 du Code civil, il est également protégé par l'art. 8 de la CEDH, ainsi que par l'art. 17 PIDCP.

[953] Sur le droit à la protection à la santé, et not. ses fondements, v. *supra*, Tatiana GRÜNDLER.

[954] Il est aussi reconnu à la plupart des agents publics.

[955] Hervé LANOUZIERE, « La santé et la sécurité au travail », AJDA, 2008, p. 861.

« sauve qui peut »[956], ce texte reconnaît au salarié un « droit de désobéir »[957], justifié par la nécessité de « la protection de la personne [qui] représente un intérêt majeur face au préjudice économique subi par l'employeur »[958]. Souvent lié à des droits proches (à la vie et à l'intégrité physique), le droit de retrait peut-être analysé comme un instrument de garantie du droit à la protection de la santé. Il entraîne le bénéfice d'un régime très protecteur puisque l'article L. 4131-3 ajoute qu'« aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut-être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou la santé de chacun d'eux ».

D'un autre côté, le droit au respect de la vie personnelle est avant tout une construction jurisprudentielle, systématisée par la doctrine[959]. Cette construction se donne pour objectif de borner l'étendue du lien de subordination pesant sur le salarié en considérant que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée »[960]. Si elle englobe la vie privée, la notion de vie personnelle la dépasse pour comprendre des faits de vie publique qui doivent demeurer protégés du regard de l'employeur[961].

La comparaison proposée s'inscrit dans le cadre de l'application horizontale des droits fondamentaux. Il s'agit en effet de saisir l'employeur, personne privée, comme débiteur de droits, et d'apprécier le contrôle juridictionnel exercé en la matière par les juges ordinaires français. Plus précisément, le propos est ici de rechercher les éventuelles divergences dans l'exercice du contrôle du juge, autrement dit de déterminer dans quelle mesure chacun de ces droits peut faire « plier le lien de subordination »[962] d'une part, et obliger l'employeur à l'action d'autre part, avec pour question liée d'observer s'il est possible d'imputer ces variations à leur différence supposée de nature.

Soumettre le discours traditionnel sur la justiciabilité des droits sociaux à l'épreuve du droit positif régissant les rapports de travail conduit à retenir deux propositions. Alors que ce discours postule une différence de nature qui devrait s'accompagner d'une protection juridictionnelle affaiblie pour les droits sociaux, la comparaison du contentieux des droits de retrait et au respect de la

---

[956] Jean-Michel GASSER, « Le droit de retrait dans le secteur privé », RJS 6/06, p. 463.
[957] Jean-Claude MAESTRE, « Le devoir d'obéissance : quelles limites ? », in Constitution et finances publiques. Etudes en l'honneur de Loïc PHILIP, Economica, 2005, p. 139.
[958] Annie BOUSIGES, « Le droit des salariés de se retirer d'une situation dangereuse pour leur intégrité physique », Dr. soc. 1991, p. 283.
[959] v. surtout Philippe WAQUET, L'entreprise et les libertés des salariés, éd. Liaisons, 2003, p. 111 et s. Pour ce qui est de la doctrine universitaire, la revue Droit Social a consacré deux colloques au thème « Vie professionnelle et vie personnelle » (n° 1 des années 2004 et 2010) et Chantal MATHIEU a réalisé sa thèse sur La vie personnelle du salarié, ANRT, 2004, 608 p.
[960] Soc., 2 oct. 2001, Nikon, n° 99-42942, Juris-Data n° 2001-011137.
[961] Le droit au respect de la vie personnelle ayant un champ d'application potentiellement très vaste, le parti a été pris de cibler principalement le cas des clauses de mobilité.
[962] Philippe WAQUET, « Les libertés dans l'entreprise », RJS 2000/5, p. 338 ; l'auteur traitait alors du droit de retrait.

vie personnelle révèle en premier lieu une volonté convergente de protection du salarié (I.). Si ces droits sont tous deux justiciables, ils le sont chacun à leur manière. Il ressort en second lieu de la comparaison un contrôle dissymétrique des réactions de l'employeur (II.).

I. Une volonté convergente de protection du salarié

Les droits au respect de la vie personnelle et de retrait sont tous deux protégés par le juge. A l'effort de préservation de la vie personnelle du salarié et de l'agent public (A.) répond la protection étendue du droit de retrait (B.).

A. L'effort de préservation de la vie personnelle du salarié

Cet effort s'est traduit de différentes manières.

Tout d'abord, par la garantie au salarié d'une immunité disciplinaire pour les faits tirés de sa vie personnelle : la chambre sociale s'est attachée progressivement à ériger un « mur (…) entre vie personnelle et vie professionnelle »[963]. Cette volonté de séparer ces sphères a débouché sur une « exigence d'indifférence »[964], empêchant par conséquent le recours par l'employeur à son pouvoir disciplinaire à l'encontre de son salarié pour des faits tirés de la vie personnelle. « Un fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne [peut] constituer une faute », affirme une jurisprudence désormais acquise[965].

Ensuite, par la sanction des restrictions excessives imposées par voie unilatérale : les juges exercent un contrôle approfondi sur l'ensemble des mesures unilatérales qui auraient pour effet de restreindre le droit au respect de la vie personnelle des salariés. Le Conseil d'Etat a joué un rôle précurseur en transposant en droit du travail le contrôle de proportionnalité consacré par l'arrêt *Benjamin* à propos des mesures de police administrative[966]. Le législateur s'est inspiré de cette jurisprudence concernant les règlements intérieurs en 1982[967], avant d'étendre dix ans plus tard cette solution à l'ensemble des mesures susceptibles de porter atteinte « aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives » des salariés[968]. Le droit au respect de la vie

---

963 Précit., p. 18.
964 Ibid.
965 Juris-Data n° 1997-005138 (clerc de notaire condamné pénalement pour aide au séjour irrégulier d'un étranger) ; solution réitérée le 18 juin 2002, n° 00-44111 (détention d'un stock d'armes à domicile) ; Ch. Mixte, 18 mai 2007, JCP S 2007, 1538, note Alexandre BAREGE et Bernard BOSSU ; D. 2007, p. 2137, note Jean MOULY ; Soc., 19 sept. 2007, n° 05-45294 ; Soc., 23 juin 2009, n° 07-45256, RDT 2009, p. 657, obs. Chantal MATHIEU-GENIAUT.
966 CE Sect., 1er févr. 1980, Ministre du travail c. Sté Peintures Corona, Dr. soc. 1980, p. 310, concl. Alain BACQUET.
967 Loi du 4 août 1982 (art. L. 1321-3 C. trav.) : « Le règlement intérieur ne peut contenir [des] dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».
968 Loi du 31 déc. 1992 (art. L. 1121-1) : « nul ne peut apporter… [*Ibid.*] ».

personnelle bénéficie de cette protection. Attestant de ce que le salarié garde une part de vie personnelle sur son lieu de travail, le Conseil d'Etat a ainsi considéré comme excédant les pouvoirs de l'employeur l'interdiction absolue des conversations étrangères au service dans l'entreprise[969]. Quant à la Cour de cassation, elle refuse par exemple les restrictions apportées à la liberté de se vêtir à sa guise qui ne sont pas justifiées et proportionnées[970]. L'intervention du juge permet, sur le fondement du nécessaire respect de la vie personnelle du salarié, de « desserrer un peu le lien de subordination »[971] pendant l'accomplissement de la prestation de travail. En dehors des temps et lieu de travail, les atteintes au droit au respect de la vie personnelle sont en principe inadmissibles. En principe seulement, car la frontière entre les sphères personnelle et professionnelle est poreuse. En cas de rattachement possible avec la vie professionnelle, le lien de subordination va faire sa réapparition. Il importe alors que ces immixtions de l'employeur dans la vie personnelle du salarié soient strictement encadrées. Un contrôle rigoureux est exercé concernant les mesures affectant le domicile du salarié, véritable sanctuaire de sa vie personnelle. La chambre sociale a ainsi rappelé à l'employeur que « le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail »[972]. Elle a aussi cassé un arrêt d'appel admettant le licenciement d'un salarié refusant de se soumettre à un ordre de déménager[973].

Enfin, c'est surtout à propos des clauses contractuelles de résidence[974] et de mobilité[975] que l'étendue du contrôle du juge trouve à se manifester. En contractant ces clauses, le salarié consent à l'encadrement de son droit au respect de sa liberté personnelle. Cependant, le juge contrôle la portée de cet engagement en sanctionnant les restrictions contractuelles disproportionnées. La Cour de cassation a ainsi jugé excessive l'obligation d'un transfert du domicile d'un salarié[976]. A propos des clauses de mobilité, il est arrivé au juge d'admettre, sur le fondement des notions de bonne foi et/ou d'abus de droit, le refus par un salarié, fondé sur des éléments tirés de sa vie personnelle, tels une « situation familiale critique »[977], le fait d'avoir un enfant handicapé[978], ou

---

[969] CE, 25 janv. 1989, Sté Sita, RJS 1989, n° 423 ; Dr. soc. 1990, p. 203, concl. Jacqueline DE CLAUSADE.
[970] Soc., 19 mai 1998, n° 96-41123 ; Soc., 3 juin 2009, n° 08-40346, RDT 2009, p. 656, obs. Cécile ROBIN.
[971] Philippe WAQUET, « Vie privée, vie professionnelle et vie personnelle », Dr. soc. 2010, p. 16.
[972] Soc., 2 oct. 2001, Abram, Dr. soc. 2001, p. 1039, note Jean-Emmanuel RAY ; solution réitérée par Soc., 7 avr. 2010, JCP S 2010, 1218, note G. LOISEAU ; JCP E 2010, 1593, note Stéphane BEAL et Cécile TERRENOIRE.
[973] Soc., 23 sept. 2009, n° 08-40434, D. 2009, p. 2431 ; RDT 2010, p. 37, obs. Alexia GARDIN ; Dr. soc. 2010, p. 114, obs. Grégoire LOISEAU.
[974] Clause privant le salarié du libre choix de son domicile.
[975] Clause prévoyant la modification possible (par voie unilatérale) du lieu de travail du salarié.
[976] Soc., 12 janv. 1999, Spileers, n° 96-40755, Dr. soc. 1999, p. 287, obs. Jean-Emmanuel RAY ; D. 999, p. 645, note Jean-Pierre MARGUENAUD et Jean MOULY ; RJS 1999, p. 94, rapp. Jean RICHARD DE LA TOUR.
[977] Soc., 18 mai 1999, n° 96-44315, Dr. soc. 1999, p. 734, obs. Bernard GAURIAU ; D. 2000, p. 84, obs. Marie-Cécile ESCANDE-VARNIOL.

encore des difficultés d'ordre matériel[979], de la mise en œuvre d'une clause de mobilité qu'il a pourtant contractée. Le recours aux notions civilistes permettait au juge d'exercer un contrôle de « proportionnalité implicite »[980]. Il est désormais directement fondé sur l'art. L. 1121-1[981]. En définitive, l'intensité du contrôle exercé révèle très clairement un effort pour protéger la vie personnelle du salarié. Un effort comparable se retrouve concernant le droit de retrait.

B. La protection étendue du droit de retrait

Il ressort du contrôle du juge une volonté de garantir et même, parfois, d'étendre la possibilité d'exercer le droit de retrait. Trois solutions seront seulement évoquées. Le juge s'est opposé avec constance à l'exigence d'une déclaration écrite que certains chefs d'entreprise avaient tenté d'imposer – par une disposition du règlement intérieur – à leurs salariés pour l'exercice de leur droit de retrait[982]. Si le salarié doit signaler à son employeur qu'il entend faire valoir son droit[983], il peut donc le faire par tout moyen. Par ailleurs, la chambre sociale a indiqué que le retrait « constitue pour le salarié un droit et non une obligation »[984]. Elle a encore estimé que « la condition d'extériorité du danger n'est pas exigée d'une manière exclusive »[985]. Plus intéressantes sont les décisions par lesquelles le juge préserve la dimension subjective du droit de retrait (1.-), neutralise le caractère imminent du danger allégué (2.-) et admet la nullité du licenciement du salarié ayant exercé son droit de retrait (3.-).

1) La préservation de la dimension subjective du droit de retrait

L'article L. 4131-1 C. trav. agrège deux éléments pour composer le droit de retrait : un élément subjectif, le « motif raisonnable de penser [à un danger] » ; et un élément objectif, le « danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ». Le risque, pour les titulaires de ce droit, serait de voir s'imposer une interprétation minorant le premier élément en privilégiant le second. Les juges

---

978 Soc., 6 févr. 2001, SA Abilis c. Doussin, RJS 4/01, n° 412.

979 Soc., 2 juill. 2003, RJS 10/03, n° 1120 ; Soc., 25 mars 2009, n° 07-45281, JCP S 2009, 1294, note Bernard BOSSU (salarié affecté à 150 km de son domicile alors qu'il ne dispose pas d'un moyen de transport personnel).

980 Benoît GENIAUT, La proportionnalité dans les relations de travail. De l'exigence au principe, NBT Dalloz, 2009, p. 221.

981 Soc., 14 oct. 2008, n° 07-40523, RJS 12/08, n° 1162 ; Dr. ouvr. 2009, p. 16, note Florence LANUT ; Soc., 13 janv. 2009, n° 06-45562, RDT 2009, p. 300, obs. Alexandre DUMERY ; JCP S 2009, 1162, note Bernard BOSSU.

982 CE, 12 juin 1987, Sté Gantois, n° 72388 (et 74605), AJDA, 1987, p. 462, chr. Michel AZIBERT et Martine DE BOISDEFFRE ; Dr. soc. 1987, p. 652, obs. Jean SAVATIER ; Soc. 10 mai 2001, n° 00-43437 ; RJS 7/01 n° 872.
oc., 28 mai 2008, n° 07-15744 ; JCP S 2008, 309, obs. Lydie DAUXERRE ; RJS 2008, p. 717.

983 Art. L. 4131-1 al. 1.

984 Soc., 9 déc. 2003, JurisData n° 2003-021403 ; RJS 2/04, n° 216.

985 Soc., 20 mars 1996, Adli c. Sté SGDE, RJS 1996, p. 319, concl. Yves CHAUVY ; D. 1996, p. 116, JCP E 1996, II, 850, note Gérard LACHAISE ; Dr. Soc. 1996, p. 684, obs. Jean SAVATIER : salarié connaissant des problèmes d'allergie, suscités par l'environnement du poste d'activité (présence d'animaux de laboratoire et de produits irritants).

suprêmes se sont efforcés d'y parer, qu'il s'agisse du Conseil d'Etat[986] comme de la Cour de cassation. Même si l'appréciation de la réalité d'un tel motif raisonnable relève des juges du fond[987], la chambre sociale contrôle la motivation de leurs décisions et casse en conséquence celles dans lesquelles les juges du fond n'ont « pas recherché si les salariés avaient un motif raisonnable de croire à l'existence d'un danger grave et imminent pour la vie ou la santé de chacun d'eux »[988]. L'appréciation souveraine des juges du fond peut jouer tant en faveur du salarié[989] qu'à son détriment[990]. Selon la doctrine, une démarche en deux temps peut être observée[991]. Les juges procèdent en premier lieu à une approche objective, qui se fait alors au bénéfice des salariés[992]. Si l'existence d'un « danger grave et imminent » apparaît établie, le salarié avait *a fortiori* un « motif raisonnable » de le penser, aussi le contrôle s'arrête-t-il là. En second lieu, à défaut de parvenir à caractériser un tel danger, les juges ont l'obligation légale de laisser une place à l'appréciation subjective du danger par le salarié. Sauf à n'avoir aucun sens, cela revient inéluctablement à lui reconnaître le droit à l'erreur dans l'appréciation de certaines situations[993]. La référence au standard du « motif *raisonnable* » renvoie implicitement à l'idée de bonne foi du salarié. Le droit de retrait ne peut être invoqué *a posteriori*[994] pour justifier une absence[995] ou un refus d'effectuer une tâche manifestement sans danger[996]. De même, si une place doit être laissée à l'erreur du salarié, celui-ci devra reprendre le travail une fois l'inanité de ses craintes démontrée[997]. A l'inverse,

[986] CE, 9 oct. 1987, n° 69829, JCP E 1987, I, 16785 ; CE, 22 avr. 1988, n° 85342 ; CE, 1er juill. 1988, n° 81445.
[987] Soc., 11 déc. 1986, Sté Précilec c. Nette, JCP G 1987, II, 20807, obs. Odile GODARD ; Dr. ouvr. 1988, p. 245, obs. Michèle BONNECHERE ; v. aussi : Soc., 22 oct. 2008, n° 07-43740.
[988] Soc., 11 juill. 1989, Sté Nouvelle des Ateliers et Chantiers de la Rochelle-Palice c. Bobrie et Combeau, Dr. ouvr. 1989, p. 492.
[989] Soc., 26 nov. 1987, SA Caulliez Delaoutre, n° 85-43600 (fonctionnement défectueux de deux machines se traduisant par un dégagement de poussières anormal) ; Soc., 19 mai 2010, Semitag, n° 09-40353 (retrait d'un conducteur-receveur suite à l'agression de collègues de travail sur la même ligne de tramway).
[990] Soc., 23 avr. 2003, n° 01-44806, Dr. soc. 2003, p. 805, obs. Jean SAVATIER.
[991] Alexia GARDIN, « Le droit de retrait du travailleur : retour sur quelques évolutions marquantes », RJS 8-9/09, p. 600.
[992] Par exemple en s'appuyant sur les constats de l'inspecteur du travail et du contrôleur du travail (CA Metz, 6 févr. 2006, CERIT). Pour d'autres exemples, v. Alexia GARDIN, art. précit., p. 601. L'auteur tient à remercier Yonka GASSER, responsable de la banque de données du CERIT, pour lui avoir transmis les arrêts de Cour d'appel portant cet acronyme dans la contribution.
[993] Pour une excellente illustration : CA Douai, 31 mars 2005, CTS c. Vendeville, CERIT (salarié qui, n'ayant pas été prévenu d'un exercice de simulation d'alerte au gaz, se retire en s'éloignant du chantier quand il se voit remettre un masque. Les juges lui donnent raison alors qu'il n'y avait aucun danger) ; v. aussi, pour un arrêt à la motivation exemplaire : CA Bordeaux, SA Solanilla c. Lorenco, Juris-Data n° 149420, JCP E 2001, 2039 ; JCP G 2001, IV, 3094.
[994] Pour être plus précis, si le signalement à l'employeur peut-être postérieur au retrait, il doit être immédiat. Sont ici visés les cas où l'invocation intervient bien après le retrait, ce qui laisse présumer la mauvaise foi du salarié.
[995] CA Montpellier, 4 févr. 2004, Carceles c. Lozachmeur, n° 03/01178, CERIT.
[996] CA Nancy, 6 juin 2005, Juris-Data n° 2005-279526, JCP G 2006, IV, 1257.
[997] CA Pau, 28 oct. 1988, JurisData n° 1988-047607 : « commettent une faute (…) les salaries qui refusent de reprendre le travail qu'ils ont cessé pour une raison qui s'est révélée non fondée après examen de la situation par le CHSCT ».

dans d'autres situations, la référence au raisonnable présentera l'intérêt pour le salarié de voir sa situation saisie de façon encore plus subjective[998].

2) La neutralisation du caractère imminent du danger allégué

La composante objective du droit de retrait renvoie à un « danger grave et imminent ». Un argument de texte[999] aurait pu être opposé à l'invocation du droit de retrait pour les situations dans lesquelles, à proprement parler, l'idée de l'existence d'un péril imminent est difficile à soutenir. Or, il faut constater dans plusieurs décisions la neutralisation de cette condition textuelle[1000]. La Cour d'appel de Paris a par exemple admis un exercice du droit de retrait par anticipation d'un danger grave et imminent[1001]. Encore plus significatif est l'accueil favorable réservé par la Cour de cassation, dès sa première saisine, à l'invocation liée à la maladie[1002]. Cette décision suscite l'approbation au regard du droit fondamental que le droit de retrait vient protéger dans les relations de travail. En effet, « l'atteinte à la santé postule assurément qu'une maladie soit un danger grave justifiant de se retirer de son poste de travail »[1003]. Une Cour d'appel a statué dans le même sens s'agissant d'un machiniste affecté sur une vieille locomotive, alors même que seule une exposition régulière pouvait lui faire craindre des pathologies[1004]. Il en est encore allé ainsi de l'exposition au tabagisme passif[1005]. En définitive, même s'ils mentionnent généralement le terme imminent, les juges réalisent – dans certains cas – une évolution, du cumulatif vers l'alternatif, des caractères que doit présenter le danger allégué.

3) La nullité du licenciement du salarié ayant exercé son droit de retrait

La question des conséquences à tirer par le juge du licenciement du salarié ayant valablement exercé leur droit de retrait a connu un dénouement

---

998 En tenant compte, par exemple, de l'âge du salarié (CA Riom, 24 oct. 1987, Bonnet c. Perronin, JCP G 1989, IV, p. 323) ou de sa propre expérience professionnelle (CA Lyon, 21 oct. 2004, n° 01/03100, Association Maison d'enfants du docteur Yvert c. Vicet, CERIT ; CA Metz, 13 sept. 2010, Garrido c. Ets Jung Albert, n° 10/00241, CERIT).
999 Jean SAVATIER, Dr. Soc. 1996, p. 685.
1000 Contra : CA Dijon, 10 févr. 2000, JCP E 2001, 833 ; CA Dijon, 23 janv. 2007, Jacoberger, n° 06/00712, CERIT.
1001 CA Paris, 19 déc. 1991, Briatte c. Sté COFRAS, RJS 1992, n° 297, p. 181 ; D. 1992, p. 95 (à propos d'instructeurs pilotes de l'aéronautique civile refusant de se rendre en mission en Angola où sévissait un conflit armé).
1002 Soc., 11 déc. 1986, Nette c. Sté Precilec, JCP G 1987, II, 20807, obs. Odile GODARD, Dr. ouvr. 1988, p. 245, obs. Michèle BONNECHERE (à propos d'une salariée atteinte d'une scoliose).
1003 Annie BOUSIGES, art. précit., p. 285.
1004 CA Amiens, 1er juill. 2009, JurisData n° 2009-018857, Revue de droit des transports 2010, 150, obs. Stéphane CARRE.
1005 CA Rennes, 16 mars 2004, Villeret c. SARL Le Damier, Juris-Data n° 2004-246295, JCP G 2004, IV, 3330 ; JCP E 2004, 1726 ; CA Rennes, 3 sept. 2009, SA TFE c. Le Corvic, Juris-Data n° 2009-009337, Revue de droit des transports 2010, 83, obs. Stéphane CARRÉ (solution fondée sur l'obligation de résultat en matière de lutte contre le tabagisme).

récent. Remarquable, la solution de la nullité[1006] l'est eu égard à l'absence de texte la prévoyant expressément. En effet, selon une jurisprudence classique, « le juge ne peut, en l'absence de dispositions le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement »[1007]. Or, les textes relatifs au droit de retrait se bornent à interdire toute sanction et/ou retenue sur traitement du salarié exerçant son droit de retrait, sans ne souffler mot des conséquences d'un licenciement. La référence à la fondamentalité ayant pour fonction, en droit du travail, de transformer un licenciement sans cause réelle et sérieuse en licenciement nul[1008], entraînant par là-même la réintégration de droit du salarié dans l'entreprise[1009], les commentateurs ont affirmé que l'arrêt *Wolff* consacrait la liaison entre le droit de retrait et le droit fondamental à la protection de la santé. Il faut néanmoins observer qu'il n'est pas fait mention de la fondamentalité dans le texte de l'arrêt, ni même explicitement – et curieusement – de la santé. La chambre sociale s'appuie sur l'« obligation de sécurité de résultat en matière *de protection et de sécurité* au travail », incombant à l'employeur[1010] qui « doit en assurer l'effectivité ». Il faut bien convenir cependant que cela revient au même[1011].

S'il est possible d'observer une volonté convergente dans la protection juridictionnelle des droits de retrait et au respect de la vie personnelle, le contrôle des réactions de l'employeur ne s'opère pas de la même manière selon que le juge est confronté à l'exercice de l'un ou l'autre de ces droits.

II. Un contrôle dissymétrique des réactions de l'employeur

L'approche différente des réactions de l'employeur par le juge se manifeste à deux niveaux. La comparaison fait en effet ressortir un contrôle variable des obligations de ne pas faire de l'employeur d'une part (A) et de ses obligations d'agir d'autre part (B).

1006 Soc., 28 janv. 2009, Wolff c. SNC Sovab, n° 07-44556, JCP S 2009, 1226, note Pierre-Yves VERKINDT ; Dr. soc. 2009, p. 486, obs. CHAUMETTE ; RDT 2009, p. 167, obs. Michel MINE ; JCP E 2009, 1638, note Patricia POCHET ; LPA 6-7 août 2009, n° 156-157, p. 18, note Christophe RADE.

1007 Soc., 13 mars 2001, RJS 5/01 n° 590 ; Soc., 29 juin 2005, n° 03-42099.

1008 Xavier DUPRE DE BOULOIS, « Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé », JCP G 2007, I, 211.

1009 Soc., 30 avril 2003, RJS 7/03, n° 869 ; Dr. Soc. 2003, p. 827, obs. Bertrand GAURIAU.

1010 Énoncée à partir des arrêts Amiante du 21 févr. 2002 (JCP G 2002 II, 10053, concl. Alexandre BENMAKHLOUF).

1011 Pierre SARGOS, « L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », JCP S 2006, 1278 ; Sylvie BOURGEOT et Michel BLATMAN, « De l'obligation de sécurité de l'employeur au droit à la santé des salariés », Dr. soc. 2006, p. 653.

A. Un contrôle variable des obligations de ne pas faire de l'employeur

Il convient ici de mettre en vis à vis les limitations opposables au droit au respect de la vie personnelle par l'employeur (1) et la restriction impossible du droit de retrait (2).

1) Les limites opposables au droit au respect de la vie personnelle par l'employeur

Le salarié bénéficie en principe d'une immunité pour les faits tirés de sa vie personnelle, mais celle-ci n'est que disciplinaire. Elle ne saurait empêcher dans certaines situations un licenciement : en effet, « si, en principe, il ne peut être procédé à un licenciement pour un fait tiré de la vie privée du salarié, il en va autrement lorsque le comportement de celui-ci a créé un trouble caractérisé à l'entreprise »[1012]. Le licenciement ouvre à l'employeur une issue pour faire face aux conséquences objectives que ce comportement a produites sur le bon fonctionnement de l'entreprise. Il revêt donc une « fonction palliative »[1013] qui permet de dépasser le « conflit de logiques » entre le droit du salarié et l'intérêt de l'entreprise[1014]. Certes, cette solution oblige l'employeur à objectiver le motif du licenciement et elle constitue en cela une forme de protection. Mais il reste qu'elle limite considérablement la liberté du salarié désireux de conserver son emploi, lequel préférera peut-être brider ses sentiments de peur des conséquences éventuelles si la relation tournait mal[1015], ou s'abstenir de toute conduite qui, pourtant relevant de sa vie personnelle, pourrait lui causer préjudice en raison de son caractère public si elle apparaissait socialement inacceptable[1016]. Il est des cas où, par exception, l'employeur retrouve la possibilité de recourir à un licenciement disciplinaire, alors même que le salarié n'a pas agi aux temps et lieu de travail. En effet, si son comportement peut être rattaché à la sphère professionnelle, la faute pourra être retenue, nonobstant le lien avec la vie personnelle du salarié. Il en va ainsi lorsque le salarié profite de ses fonctions pour commettre une infraction[1017] ou si l'employeur parvient à établir un manquement à une obligation particulière de probité ou de loyauté

[1012] Soc., 9 juill. 2002, n° 00-45068, RJS 11/02, n° 1212. V. déjà Soc., 17 avr. 1991, Painsecq, n° 90-42636 ; Dr. soc. 1991, p. 485, note Jean SAVATIER (trouble lié à l'homosexualité d'un salarié aide-sacristain non établi en l'espèce).
[1013] Jean MOULY, D. 2001, p. 2137
[1014] Michel BUY, « Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise : un conflit de logiques », in Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise, Actes du colloque du 20 mai 1994, Aix-Marseille, 1994, p. 11.
[1015] CA Amiens, 18 mai 2004 (a contrario), cité par Christophe RADE, « Amour et travail : retour sur un drôle de ménage », Dr. soc. 2010, p. 38.
[1016] Soc., 28 juin 1995, n° 93-46424 : joueur de football professionnel aperçu par des supporters le soir dans des bars et boites de nuit, ce qui avait suscité le mécontentement de supporters et causé au club un trouble objectif caractérisé.
[1017] Soc., 24 juin 1998, n° 96-40150 (réalisation d'une escroquerie en utilisant les services de la banque employeur).

(obligation liée à l'exercice des fonctions exercées par l'intéressé)[1018]. Ces fondements sont parfois problématiques. La chambre sociale a par exemple admis la faute grave du salarié dont le permis de conduire était suspendu pour des infractions commises en dehors du temps de travail, alors que l'exécution de son contrat de travail impliquait la conduite d'un véhicule[1019]. Il serait préférable qu'il ne puisse être licencié qu'en raison du trouble objectif qu'entraînera la suspension de son permis. La conduite illicite a eu lieu durant sa vie personnelle. Dès lors, si lui refuser l'indemnité compensatrice de préavis peut se discuter, le priver des indemnités de rupture est injustifié.

Il faut souligner par ailleurs l'ambivalence du contrôle de proportionnalité commandé par les articles L. 1321-3 et L. 1121-1. En effet, prohiber les seules restrictions disproportionnées, c'est dans le même temps « consacrer la licéité de certaines « restrictions » des droits fondamentaux liées à la prestation de travail, à l'intérêt de l'entreprise, à l'intérêt général ou aux droits des tiers (…) »[1020]. Si la double négation employée signale a priori un contrôle rigoureux, « les notions standards [qu'utilisent les textes précités] autorisent d'importantes variations »[1021], laissant en définitive le juge apprécier in concreto si la restriction est proportionnée ou non[1022]. C'est pourquoi il importe de borner le champ d'application de ces dispositions en considérant qu'elles n'ont pas, par principe, vocation à régir la vie personnelle du salarié. Elles ne doivent « concerner que les situations où l'intéressé se trouve soit dans l'exécution de son contrat de travail, soit soumis à une obligation particulière résultant, même implicitement, du contrat de travail (…) »[1023]. Aux temps et lieu de travail, des restrictions justifiées et proportionnées au but recherché peuvent par exemple être apportées à la liberté de se vêtir à sa guise du salarié. L'employeur peut interdire à la secrétaire d'une agence immobilière de venir travailler en survêtement[1024] ou à un salarié de porter un bermuda sous sa blouse[1025], si ces deux salariés sont amenés à être en contact avec la clientèle. Le

---

[1018] Soc., 25 févr. 2003, Dr. soc. 2003, p. 625, obs. Jean SAVATIER (salariée qui s'était livrée au même type de fraude que celles qu'elle était chargée de réprimer) ; Soc., 25 janv. 2006, JCP G 2006, II, 10049, note Bernard BOSSU.

[1019] Soc., 2 déc. 2003, n° 01-43227, Dr. soc. 2004, p. 550, note Jean SAVATIER ; « l'idée qui sous-tend cet arrêt est que les normes de sécurité (…) ne peuvent se diviser » (rapport de la Cour de cassation pour 2003, p. 303) ; Soc., 19 mars 2008, Dr. soc. 2008, p. 818, note Christophe VIGNEAU ; v. toutefois et entretemps, Soc., 19 sept. 2007, n° 06-40150.

[1020] Antoine JEAMMAUD, « La place du salarié-individu dans le droit français du travail », in Le droit collectif du travail. Etudes en hommage à Madame le professeur Hélène SINAY, Nikitas Aliprantis et Francis Kessler éd., 1994, p. 353.

[1021] Emmanuel DOCKES, Droit du travail, 4ème éd., Dalloz, 2009, p. 149.

[1022] Cet « énoncé ouvert (…) ménage une place déterminante au contrôle juridictionnel » (Sophie NADAL, « Les interdictions adressées à l'employeur en droit du travail : essai de clarification », Droit et cultures 2009, n° 57, § 17).

[1023] Philippe WAQUET, « Libertés et contrat de travail. Réflexions sur l'article L. 120-2 du Code du travail, devenu l'article L. 1121-1 », RJS 5/09, p. 355.

[1024] Soc., 6 nov. 2001, JCP E 2002, II, 1732, note Gérard LACHAISE ; Dr. soc. 2002, p. 110, obs. Jean SAVATIER.

[1025] Soc., 28 mai 2003, Monribot c. Sagem, Dr. soc. 2004, p. 132, note Pascal LOKIEC ; D. 2003, p. 2718, note Frédéric GUIOMARD ; soc., 12 nov. 2008, Monribot c. Sté Sagem, n° 07-42220 ; JCP S 2009, 1200, note Bernard BOSSU.

recours à un tel critère permet d'affaiblir la rigueur du contrôle exercé par le juge, en laissant l'employeur imposer au salarié la normalisation de son comportement[1026]. Le recours à la théorie de l'abus de droit va contribuer aussi à circonscrire la part de vie personnelle reconnue au salarié pendant son temps de travail, qu'il s'agisse des conversations étrangères au service par téléphone[1027] ou de l'usage d'internet[1028]. Ce dernier type de restrictions n'a rien de surprenant : au travail, le salarié est avant tout là pour travailler. En dehors des temps et lieu de travail, un règlement intérieur peut aller jusqu'à apporter une restriction à l'usage du domicile d'un salarié. Un éducateur a par exemple été sanctionné disciplinairement pour avoir reçu à son domicile personnel une mineure en difficulté placée dans l'établissement, malgré l'interdiction posée par ce règlement[1029]. Un comportement privé se trouve ainsi facilement « professionnalisé »[1030]. Il le sera souvent par voie contractuelle. La chambre sociale a admis la mise en œuvre d'un certain nombre de clauses de mobilité en considérant qu'elles satisfaisaient aux exigences prévues par l'art. L. 1121-1[1031]. Enfin, la chambre sociale a également affirmé qu'« une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile ». Par conséquent, elle n'admet pas, en cas de mise en œuvre attentatoire à la bonne foi contractuelle, la nullité du licenciement (et donc la réintégration du salarié), mais seulement le licenciement sans cause réelle et sérieuse et les indemnités afférentes[1032].

2) L'impossible restriction du droit de retrait par l'employeur

« Le droit de retrait, droit situé, droit propre au salarié », n'entre pas dans la catégorie des droits et libertés susceptibles de faire l'objet de restrictions au sens du Code du travail, notamment par des dispositions du règlement intérieur[1033]. Il convient de tenir le même raisonnement concernant la règle plus générale énoncée par l'art. L. 1121-1[1034]. Comme l'a expliqué Jean Mouly, « lorsque le législateur reconnaît un droit au salarié [en cette qualité], il a nécessairement envisagé l'intérêt contraire de l'employeur et estimé qu'il réalisait, par la disposition édictée, un juste équilibre entre les intérêts divergents des deux parties. L'on ne saurait donc invoquer un quelconque pouvoir de l'employeur ou intérêt de l'entreprise pour limiter le droit ainsi

[1026] En ce sens, v. l'opinion critique de Pascal LOKIEC, Dr. soc. 2004, p. 139.
[1027] CA Dijon, 30 janv. 2001, RJS 11/01, n° 1256 ; CA Versailles, 27 nov. 2002, RJS 12/03, n° 1477.
[1028] Soc., 18 mars 2009, n° 07-44247 (quarante et une heures de connexion à usage personnel en un seul mois).
[1029] Soc., 13 janv. 2009, n° 07-43282 ; RJS 3/09, n° 225 ; JCP S 2009, 1122, note Bernard BOSSU.
[1030] D. 2009, p. 1316, note Jean MOULY.
[1031] Soc., 29 janv. 2002, RJS 4/02, n° 392 ; Soc., 13 juillet 2004, n° 02-44958.
[1032] Soc., 28 mars 2006, n° 04-41016, JCP S 2006, 1381, note Pierre-Yves VERKINDT ; RDT 2006, p. 116, obs. Olivier LECLERC.
[1033] Benoît GENIAUT, thèse précit., pp. 103-105.
[1034] La référence à cet art. dans l'arrêt Wolff (précit.) semble servir à renforcer la motivation justifiant la nullité. A moins que le juge ait sérieusement envisagé d'admettre à l'avenir de telles restrictions, il y a là une instrumentalisation de cette disposition, signe maladroit d'une conversion bienvenue du juge judiciaire à la logique des droits fondamentaux.

reconnu au salarié. Le conflit a déjà été réglé *en amont*. La technique mise en œuvre par l'article L. 120-2 du code du travail [désormais art. L. 1121-1] est donc inappropriée en ce qui concerne les conflits mettant en cause les droits « *sociaux* » du salarié »[1035]. L'ancien doyen de la chambre sociale ne dit pas autre chose quand il affirme : « la loi du 31 déc. 1992, qui a eu pour but et pour objet de protéger les droits et libertés du citoyen (…) ne permet pas à l'employeur de toucher aux protections et garanties spécifiques du droit du travail [et ce] quelles que soient les justifications invoquées »[1036]. A la différence du droit au respect de la vie personnelle, qui tolère des restrictions encadrées directement par le juge, le droit de retrait confère une « véritable immunité »[1037] à son titulaire, immunité totale depuis l'arrêt *Wolff* du 28 janvier 2009 (préc.). Une logique binaire s'applique : soit la condition d'existence tenant au motif raisonnable est remplie et le titulaire du droit de retrait peut s'en prévaloir, soit il en va autrement et le salarié, n'étant alors « titulaire d'aucun droit appelant un régime particulier »[1038], s'exposera à une retenue sur salaire et pourra voir l'inexécution injustifiée de sa prestation de travail sanctionnée, éventuellement par un licenciement[1039].

Trois nuances doivent être apportées. Il faut d'abord réserver le cas des métiers à risques, pour lesquels la notion de motif raisonnable s'entend avec plus de rigueur. Il importe en effet que le danger allégué soit « distinct des risques habituels et inhérents aux fonctions occupées »[1040]. Ici domine l'idée de risque accepté – avec les mesures spécifiques de protection qui doivent l'accompagner. L'employeur retrouve alors le pouvoir de réagir pour borner l'invocation du droit de retrait. Il faut concéder qu'il est possible d'y voir l'admission de restrictions contractuelles implicites, ce qui rapprocherait le droit de retrait, pour ce cas précis, du droit au respect de la vie personnelle. Ensuite, le recours au droit de retrait peut, dans des situations très particulières, jouer le rôle d'un révélateur de l'inaptitude du salarié au poste pour lequel il a été recruté. Tel était le cas dans l'affaire du salarié allergique au contact avec certains animaux et produits chimiques. En l'espèce, celui-ci n'avait pas demandé sa réintégration dans l'entreprise. S'il était amené à se positionner, il est probable que le juge accepte ici d'appliquer les solutions classiques relatives au salarié malade[1041], interdisant le licenciement en raison de l'état de santé du salarié, mais autorisant celui motivé par la situation objective de l'entreprise

---

[1035] Jean MOULY, D. 2006, p. 344, § 5 (l'auteur traitait alors des clauses d'indivisibilité ; le propos s'applique parfaitement au droit de retrait).
[1036] Philippe WAQUET, art. précit., p. 352.
[1037] Alexia GARDIN, art. précit., p. 607.
[1038] Ibid.
[1039] Ce qui a conduit Michèle BONNECHERE à écrire, pour le déplorer : « Un motif raisonnable, ou le licenciement » (« Le corps laborieux : réflexion sur la place du corps humain dans le contrat de travail », Dr. ouvr. 1994, p. 183). Ex. : Soc., 20 janv. 1993, JCP E 1993, II, 494, note Gérard LACHAISE ; il est même arrivé que la faute grave soit retenue (Soc., 22 janvier 1997, n° 93-46109).
[1040] Significatif est l'exemple du refus du retrait d'un convoyeur de fonds (CA Aix-en-Provence, 8 nov. 1995, JCP E 1996, II, 859, note Véronique COHEN-DONSIMONI).
[1041] V. en ce sens Jean SAVATIER, Dr. Soc. 1996, p. 685.

obligée de pourvoir à son remplacement définitif[1042]. Dans cette hypothèse, la solution rejoint encore, mutatis mutandis, celle retenue pour le droit au respect de la vie personnelle. Mais l'on ne situe plus dans le cadre du droit de retrait. Enfin, le caractère encore incertain du droit positif ne doit pas être ignoré. Le droit de retrait reste d'un intérêt très limité s'il implique une prise de risque trop importante de son titulaire. C'est pourquoi il faut regretter que certaines décisions des juges du fond persistent à faire de l'approche objective (le salarié était-il ou non en danger ?) l'alpha et l'omega de leur contrôle, en retenant une motivation annihilant l'élément subjectif du droit de retrait[1043].

B. Un contrôle variable des obligations d'agir de l'employeur

La seconde différence relative au contrôle des réactions de l'employeur a trait aux conséquences qu'est susceptible d'entraîner l'exercice de chacun d'eux. La comparaison contentieuse permet de constater que le passage de la protection – dimension défensive du droit – à la prestation – dimension positive – est beaucoup moins fréquent quand est invoqué le droit au respect de la vie personnelle (1.-) que lorsqu'il s'agit du droit de retrait (2.-).

1) La rareté des obligations positives liées à l'invocation du droit au respect de la vie personnelle

Cette idée ne surprendra pas. Le droit au respect de la vie personnelle est conçu comme un droit visant à conférer une sphère de protection à son titulaire et n'a pas vocation, en principe, à lui permettre de revendiquer l'action du débiteur du droit, mais seulement son abstention. Un arrêt mérite néanmoins de retenir l'attention. L'affaire concernait une salariée qui sollicitait une mutation à Avignon. Son employeur la lui avait refusée, avant de la licencier pour faute grave pour abandon de poste. Au visa de l'art. 8 CEDH, la chambre sociale relève qu'il appartenait à l'employeur d'« expliquer les raisons objectives qui s'opposaient à ce que l'un des postes disponibles dans la région d'Avignon soit proposé à la salariée, contrainte de changer son domicile pour des raisons familiales sérieuses » et, « de surcroît, que la décision de l'employeur (…) de maintenir son affectation à Valenciennes, portait atteinte de façon disproportionnée à la liberté de choix du domicile de la salariée et était exclusive de la bonne foi contractuelle »[1044]. Les commentateurs ont pu s'interroger sur « l'émergence, en droit du travail, d'un droit au rapprochement familial »[1045] ou encore d'« un droit à la mutation géographique pour des raisons familiales »[1046].

[1042] V. ainsi Soc., 16 juill. 1998, n° 97-43484, ainsi que le rapport annuel de la Cour de cassation pour 2007, p. 139 et s.
[1043] V. *supra*, I. B. ; v. not. CA Douai, 31 mars 2009, Belkadi c. SAS Sambre et Meuse, n° 08/01796, CERIT : l'ouvrier concerné n'a « pas été placé dans une situation de travail présentant un danger grave et imminent pour sa vie et sa santé ».
[1044] Soc., 24 janv. 2007, n° 05-40639 ; Dr. ouvr. 2007, p. 282 ; D. 2007, p. 1480, note Grégoire LOISEAU ; et *infra*.
[1045] JCP G 2007, II, 10110, note Jean MOULY.
[1046] JCP S 2007, 1243, note Stéphane BEAL et Anne-Laure DODET.

Toutefois, il ne faudrait pas exagérer la portée de cette solution. Il faut sûrement y voir un arrêt d'espèce, s'expliquant tant par la situation familiale de la salarié que par le refus de l'employeur d'en tenir compte, alors même qu'il en avait la possibilité sans que cela n'affecte l'intérêt de son entreprise. Au demeurant, cet arrêt restera vraisemblablement isolé. Le juge ne semble pas montrer d'empressement à s'immiscer dans le fonctionnement des entreprises. La chambre sociale a eu l'occasion de rappeler ultérieurement qu'une salariée « n'avait pas de droit acquis à une mutation »[1047]. Les obligations positives sont donc rares. La situation pourrait évoluer avec le développement des interventions législatives cherchant à favoriser la conciliation entre vies personnelle et professionnelle[1048] ou à faire participer l'employeur à la répression de certains comportements dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement[1049].

2) La fréquence des obligations positives liées à l'invocation du droit de retrait

Tout comme le droit au respect de la vie personnelle, le droit de retrait renferme d'abord une obligation d'abstention de l'employeur : « le minimum que l'on puisse attendre est qu'il n'entrave pas l'action sécuritaire »[1050] de son titulaire. Cependant, il arrive fréquemment que ce minimum soit dépassé, le retrait du salarié obligeant l'employeur à œuvrer lui-même pour la sécurité dans l'entreprise. Les textes tant généraux[1051] que spécifiques au droit de retrait[1052] envisagent cette hypothèse. Les obligations positives sont fréquentes mais en aucun cas permanentes. En effet, à partir du moment où l'on admet que le droit de retrait puisse être exercé dans des hypothèses où il n'y avait finalement pas de danger, l'employeur ne saurait être systématiquement conduit à l'action. Dans ce cas, il devra parfois néanmoins prouver au salarié qu'il avait tort de se sentir en danger[1053]. Mis à part cette situation, il est possible de mettre en

[1047] Soc., 28 oct. 2009, n° 08-41883.
[1048] V. not. Chantal MATHIEU, thèse précit., p. 343 et s. ; Laurent LEVENEUR, « Vie privée et familiale et vie professionnelle », in Bernard TEYSSIE (dir.), La personne en droit du travail, Ed. Panthéon-Assas, Paris, 1999, p. 31.
[1049] Antoine MAZEAUD, « Harcèlement entre salariés : apport de la loi de modernisation », Dr. soc. 2002, p. 323.
[1050] Alexia GARDIN, art. précit., p. 607 ; selon l'art. L. 4132-5 : « L'employeur prend les mesures et donne les instructions nécessaires pour permettre aux travailleurs, en cas de danger grave et imminent, d'arrêter leur activité et de se mettre en sécurité en quittant immédiatement le lieu de travail ».
[1051] En vertu de l'art. L. 4121-1 C. trav., « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l'établissement » ; pour une approche générale, v. Sylvie BOURGEOT et Michel BLATMAN, L'état de santé du salarié, Ed. Liaisons, 2ème éd., 2009, p. 132 et s.
[1052] Selon l'alinéa 3 de l'art. L. 4131-1 C. trav. « l'employeur ne peut demander au travailleur qui a fait usage de son droit de retrait de reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent résultant notamment d'une défectuosité du système de protection ». Implicitement, l'employeur est amené à agir s'il veut que son salarié se remette au travail.
[1053] Rapporter une telle preuve pourra nécessiter que l'employeur agisse : CA Montpellier, 30 avr. 1998, Juris-Data n° 034906 (présenter le véhicule à une contre-visite afin que soit garantie l'intégrité des réparations effectuées).

évidence l'influence de l'intervention – ou de l'absence d'intervention – de l'employeur dans la motivation des décisions de justice en distinguant cinq configurations, favorables tantôt au salarié, tantôt à l'employeur. La première se rencontre rarement et renvoie au cas où le juge insiste sur une action antérieure de l'employeur pour renforcer la motivation de sa décision refusant le retrait. Dans l'affaire relative au convoyeur de fond, les juges procèdent ainsi quand ils relèvent que l'employeur « a[vait] pris des dispositions, non exigées par la législation, pour faire fabriquer des fourgons blindés de nature à résister à des armes de guerre »[1054]. La deuxième témoigne du lien logique entre le droit de retrait et les obligations positives de l'employeur. Il s'agit de l'hypothèse où l'exercice du droit, sinon contraint l'employeur à agir à l'avenir, au moins révèle qu'il aurait dû le faire. Les obligations positives apparaissent ici en creux : l'invocation du droit de retrait est justifiée parce que l'employeur n'a pas pris les mesures qu'il fallait[1055]. La troisième configuration est une variante de la précédente. La persistance d'une situation de danger, due à l'absence d'action postérieure de l'employeur après son signalement, va justifier la prolongation du retrait[1056]. A l'inverse – quatrième cas de figure –, la réaction de l'employeur permet de dénier au salarié le droit de se retirer[1057]. La cinquième et dernière configuration renvoie aux situations dans lesquelles le juge analyse l'action postérieure de l'employeur comme un « aveu implicite de ce dernier » de sa carence et donc de la légitimité du retrait[1058]. Au total, il est possible de déceler de nombreuses obligations positives pour l'employeur. Il faut dire que ce dernier est fortement encouragé à réagir aux signaux envoyés par ses employés. Selon l'article L. 4131-4 C. trav., « le bénéfice de la faute inexcusable de l'employeur (…) est de droit pour le ou les travailleurs qui seraient victimes d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle alors qu'eux-mêmes ou un représentant du personnel au [CHSCT] avaient signalé à l'employeur le risque qui s'est matérialisé ». Il existe donc un risque à rester inactif[1059], voire à faire cesser les mesures de protection qui avaient été adoptées en vue d'assurer la protection de l'un de ses salariés[1060].

[1054] CA Aix-en-Provence, 8 nov. 1995, précit.

[1055] CA Poitiers, 25 juillet 1996, Léonarduzzi c. Turpaux, CERIT : le juge stigmatise la faible diligence de l'employeur s'étant contenté de remplacer le salarié retiré. Il fallait agir autrement.

[1056] Il n'y a là que l'application de l'art. L. 4131-1 al. 3, précit. ; CA Paris, 30 sept. 1987, Sté Séjourné-Cellula-Staff c. Pose-Rey et Oliati, Dr. ouvr. 1988, p. 246, obs. Michèle BONNECHERE ; Soc., 1er mars 1995, n° 91-43406.

[1057] CA Dijon, 8 sept. 1999, SA TSA industries c. Marchand, CERIT : « [la salariée] ne démontre pas qu'informé de l'abaissement de la température dans les ateliers, le responsable de l'entreprise s'est abstenu de faire diligence pour remédier à la situation » ; v. aussi CA Nancy, 10 sept. 2010, SAS Transcom c. Elkhannous, n° 09/03110, CERIT : « suite aux malaises du 25 janvier 2008, la société Transcom a pris les mesures nécessaires pour garantir la sécurité de ses salariés (…) »..

[1058] Alexia GARDIN, art. précit., p. 601 ; avec les exemples cités, not. CA Nancy, 2 février 2007, n° NCY/2007/4, CERIT (« de nouvelles mesures ont été prises pour rendre le sol moins glissant »).

[1059] « Cette présomption de faute inexcusable vient contraindre l'employeur à l'action (…) puisque son inaction peut se révéler extrêmement coûteuse » (Pierre-Yves VERKINDT, note sous Civ. 2ème, 2 oct. 2008, RDSS 2008, p. 1140).

[1060] CA Nancy, 15 juill. 2009, JurisData n° 2009-379925, Revue de droit des transports 2010 65, obs. Stéphane CARRÉ.

Trois types de difficultés peuvent être soulignées. D'abord, en refusant que le salarié soit obligé d'expliquer les motifs de son retrait, le juge dénie à l'employeur la possibilité d'organiser « une procédure interne permettant de faire remonter jusqu'à lui (…) toutes les informations nécessaires pour identifier exactement le risque signalé et pour intervenir efficacement »[1061]. C'est là un effet pervers d'une jurisprudence qui se veut protectrice du salarié. Ensuite, du moyen de pression que constitue le droit de retrait à la revendication professionnelle qui caractérise le droit de grève, il n'y a qu'un pas. La possibilité d'un exercice successif des deux droits[1062] montre qu'il peut y avoir des recoupements. La question n'est pourtant pas sans enjeu : le droit de grève entraîne une retenue sur salaire, laquelle n'est pas permise dans le cas du droit de retrait. L'invocation d'un « droit de retrait-solidarité » constitue une sorte de dévoiement de ce droit qui, individuel, implique d'être personnellement concerné[1063]. Il reste que reposant sur une appréciation subjective (quoique raisonnable), l'émotion suscitée par une agression justifiera parfois le retrait des collègues de la victime, à condition qu'ils puissent établir se trouver dans une situation proche sinon similaire de celle de la personne agressée[1064]. Enfin, et non sans lien avec la difficulté précédente, il n'est pas rare que le danger allégué ne soit pas directement imputable à l'employeur. « La sécurité publique ne relève pas des entreprises »[1065]. Si la nécessité de protéger la santé de l'employé, fondement de ce droit, justifie le retrait immédiat (dimension défensive), l'employeur apparaîtra souvent démuni quant aux suites à apporter (dimension positive). Aussi est-il possible de se demander si l'engagement de la responsabilité de l'Etat par l'employeur – après acceptation par le juge de l'exercice du droit de retrait des salariés suite à une agression – est envisageable dans une telle hypothèse[1066].

« Les droits sociaux sont de la fausse monnaie ». Ce jugement de Gérard Lyon-Caen, énoncé il y a plus de vingt ans[1067], est trop catégorique pour rendre compte de la situation actuelle relative au droit de retrait et, par extension, au droit à la protection de la santé. La comparaison avec le droit au respect de la vie personnelle aboutit à des résultats inverses à ceux qui auraient pu être déduits des débats doctrinaux faisant valoir une réticence – pour la légitimer, la dénoncer ou simplement la remarquer – à la justiciabilité des droits sociaux. En

---

[1061] Odile GODARD, obs. sous TA Bordeaux, 7 mai 1985, Sté Ford-France c. Min. du trav. JCP E 1985, 14542.

[1062] Jean DEPREZ, « Droit de retrait, droit de grève et réintégration du salarié illégalement licencié », RJS 12/90, p. 619.

[1063] Soc., 23 avr. 2003, n° 01-44806, précit. (limitation, pour des chauffeurs de bus, de la possibilité de s'en prévaloir à la condition de travailler sur la ligne où ont été commises les agressions).

[1064] La chambre sociale n'a par exemple pas souhaité discuter l'appréciation souveraine de juges du fond admettant un exercice du droit de retrait par cent vingt-six agents (Soc., 22 oct. 2008, SNCF, n° 07-43740).

[1065] Jean SAVATIER, note précit., p. 806.

[1066] Thibault LAHALLE, JurisClasseur Travail (2009), Fasc. 18-1 : « Droits et obligations des parties ».

[1067] « Divagations sur un adjectif qualificatif », Ecrits en l'honneur de Jean SAVATIER, PUF, 1992, p. 347.

effet, il faut constater que le droit de retrait, droit dit social, fait plus plier le lien de subordination caractéristique de la relation de travail que le droit au respect de la vie personnelle, droit dit civil. Mieux encore, il entraîne des obligations positives et celles-ci ne sont pas un obstacle à sa justiciabilité. Il faut cependant nuancer ces affirmations. D'un point de vue concret d'abord, quand le mot « social » est utilisé à bon escient[1068], il n'y rien de très original à démontrer qu'un droit social se trouve bien protégé[1069] par le droit du même nom. Il n'est guère surprenant non plus que le droit au respect de la vie personnelle puisse connaître des restrictions. En s'engageant par un contrat de travail, le salarié renonce nécessairement à une part de sa liberté, part qui réduit d'autant la sphère de sa vie personnelle. D'un point de vue plus théorique ensuite, il convient de douter du caractère généralisable de ces conclusions. Le droit de retrait résulte en effet d'une médiation législative[1070], laquelle n'est pas réalisée pour tous les droits sociaux. Enfin, une étude de contentieux est impuissante à rendre compte avec précision de l'effectivité des droits étudiés dans la pratique. En ce qui concerne le droit de retrait, si certaines professions semblent rompues à s'en prévaloir, d'autres, pourtant fortement exposées à des situations de danger, n'en ont pas forcément la connaissance ou sont dans des situations trop précaires pour prendre le risque de mobiliser ce dispositif. Cela permettrait pourtant d'éviter de nombreux accidents du travail.

Pour citer cet article
Thomas Bompard, « Comparaison du contentieux des droits de retrait et au respect de la vie personnelle en droit du travail », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012
http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/comparaison-du-contentieux-des-droits-de-retrait.pdf

---

[1068] Ce qui est le cas pour désigner le caractère protecteur du droit du travail en matière de protection de la santé et de la sécurité (v. Gérard LYON-CAEN, art. précit., p. 348).
[1069] Le salarié dispose d'ailleurs d'un fondement méconnu pour poursuivre l'employeur en cas de sanction abusive de ce droit (Agnès CERF-HOLLENDER, note sous Crim., 8 oct. 2002, n° 01-85550, Revue de science criminelle 2003, p. 354 : « les poursuites pénales en ce sens sont inexistantes »).
[1070] Jean RIVERO envisageait déjà cette hypothèse il y a quarante ans (« La protection des droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées », in Mélanges René CASSIN, t. 3, 1971, p. 313).

TITRE 2 - LES DEBITEURS DES DROITS SOCIAUX

D'après la définition la plus communément admise, le débiteur est « celui qui doit quelque chose à quelqu'un » ou encore « celui qui est tenu d'une dette, obligé, engagé – qu'il s'agisse d'une obligation en nature ou d'une obligation de somme d'argent »[1071]. En d'autres termes, le débiteur désigne une personne tenue envers une autre d'exécuter une créance, celle-ci ne portant d'ailleurs pas uniquement sur une somme d'argent : la créance peut en effet également consister en une obligation de faire ou de ne pas faire[1072]. Cette définition met en lumière l'importance de la notion de contrainte lorsque l'on s'attache à étudier celle de débiteur : ce dernier est tenu à quelque chose ; quant au créancier, il « peut exiger » du débiteur « l'accomplissement d'une prestation »[1073]. Déterminer le débiteur d'un droit social revient donc à se demander qui peut être contraint à fournir le bienfait objet du droit. Et, en la matière, on pense d'emblée aux personnes publiques dans la mesure où ce sont elles qui mettent en œuvre les services publics nécessaires à la concrétisation de la plupart des droits sociaux. Il existe en effet un lien de réciprocité entre la reconnaissance d'un droit et la création d'un service public, comme le relève une partie de la doctrine[1074]. Il convient dès lors de s'interroger sur l'obligation pesant sur les personnes publiques et sur les conditions de réalisation de cette obligation, le choix de la décentralisation pouvant rendre plus complexes les relations entre personnes publiques, comme la contribution relative au domicile de secours le démontrera.

Pour autant, réduire la réflexion sur les débiteurs des droits sociaux aux seules personnes publiques serait éminemment contestable. D'abord, parce que celui qui doit non seulement de quoi manger mais également se vêtir ou se loger, celui qui, en d'autres termes, doit des aliments, et peut être contraint de les fournir, c'est, à lire le Code civil, le parent ou l'allié, en somme, un membre de la famille. Ensuite, parce que le législateur lui-même a parfois établi un lien entre

---

[1071] Gérard CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, PUF, collection « Quadrige », 2008, p. 264.
[1072] Jean CARBONNIER souligne à ce propos que « dans sa nature profonde, l'obligation alimentaire est une obligation qui n'a rien de monétaire, l'obligation de faire vivre autrui. D'être une obligation de faire vivre, elle tire son originalité, ses deux traits si particuliers, son urgence et son actualité, au sens fort des termes » (Droit civil, t. 2, La famille, l'enfant, le couple, 21e éd., PUF, coll. « Thémis », 2002, p. 62).
[1073] Gérard CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, précit., p. 252.
[1074] V. en ce sens Michel BORGETTO, « La notion de service public constitutionnel face au droit de la protection sociale », in Le droit administratif : permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME, Dalloz, 2007, p. 83.

droit social et charge pesant sur des personnes privées : il n'est que de songer au droit à l'habitat ou au droit au logement, initialement proclamés dans des textes relatifs aux baux d'habitation[1075] et qui invitaient donc à considérer que la contrainte, dérogatoire au droit commun, qui pesait sur les propriétaires bailleurs était la contrepartie d'un droit social. Enfin, la montée en puissance de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) permet peut-être de percevoir de nouvelles catégories de débiteurs. A l'origine de cette responsabilité, il y a la théorie de la citoyenneté sociale au sens des lois Auroux sur la démocratie industrielle[1076]. L'idée était que les droits sociaux devaient transpercer l'unité juridique de l'entreprise pour s'appliquer aussi aux travailleurs. Alors qu'auparavant seule l'entreprise se voyait accorder des droits et devoirs, il fallait décomposer plus avant cette entité afin de protéger les salariés face aux employeurs. Cela s'est traduit par la reconnaissance de droits procéduraux et matériels aux salariés. Lors d'un passage au niveau international, principalement lié à la mondialisation[1077], l'idée d'une protection des travailleurs n'a pas décru[1078]. Mais elle s'est trouvée prise en défaut par une mobilité géographique croissante des entreprises et l'affaiblissement controversé de l'État face à ces mouvements. Deux phénomènes ont donc conduit à la RSE : l'intégration des droits sociaux au sein de l'entreprise et le retrait progressif de la mainmise de l'État sur la question de la protection des droits sociaux.

Face à cette pluralité de débiteurs, la question de la coordination devra nécessairement être posée, et à cet égard, l'étude relative à la notion de domicile de secours permettra d'illustrer l'existence d'une forme de concurrence entre les collectivités publiques, concurrence qui vise non pas à réclamer la qualité de débiteur, mais au contraire à la faire peser sur une autre personne publique. En la matière, la règle est la suivante : le département où se situe le domicile de secours du titulaire du droit à une prestation d'aide sociale doit prendre en charge les frais inhérents à cette aide[1079]. A défaut de domicile de secours, le

---

[1075] Pour le droit à l'habitat, v. la loi n° 82-526 du 22 juillet 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, dite Quilliot, art. 1er, JO 23 juin 1982, p. 1967 ; pour le droit au logement, v., toujours en vigueur, la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, dite Mermaz, art. 1er, JO 8 juillet 1989, p. 8541.

[1076] Loi n° 82-957 du 15 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, JO 14 novembre 1982, p. 3414 ; loi n° 82-689 du 23 juillet 1982, relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, JO 6 août 1982, p. 2518 ; loi n° 82-915 du 5 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, JO 29 octobre 1982, p. 3255 ; loi n° 82-1097 du 16 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, JO 26 décembre 1982, p. 3858 ; v. aussi Gérard COUTURIER, Droit du travail, 1. Les relations individuelles de travail, 3e éd., PUF, 1996, n° 20, p. 39 ; Martine LE FRIANT, « La démocratie sociale, entre formule et concept », Regards, 2001, vol. 19, pp. 47-53, p. 6.

[1077] Définie comme l'« intensification des relations à travers le monde qui relient des localités distantes d'une telle manière que des évènements locaux sont engendrés par des causes géographiquement lointaines et vice versa », v. Jürgen HABERMAS, « The European nation state : its achievements and its limitations, on the past and future of sovereignty and citizenship », Ratio Juris, 1996, 9(2), pp. 125-137.

[1078] Franck COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" de l'économie et du droit », Droit et Société, 01/01/2007, n° 65, pp. 91 -101.

[1079] Art. L. 121-1 al. 4 et L. 122-1 al. 1er du Code de l'action sociale et des familles.

département où le bénéficiaire potentiel réside au moment de la demande sera compétent[1080]. Enfin, « en l'absence de domicile fixe, les dépenses sont à la charge de l'État, sous réserve toutefois d'une éventuelle domiciliation »[1081]. En outre, dans le cadre de la loi *DALO* du 5 mars 2007[1082], une procédure de domiciliation pour les personnes sans domicile « stable »[1083] a été mise en œuvre afin de favoriser leur accès au(x) droit(s). L'État ne servira donc que les prestations limitativement énumérées à l'article L. 121-7 du Code de l'action sociale et des familles. Malgré des dispositions législatives laissant aujourd'hui peu de place au doute, on constate que les départements sont très enclins à contester leur compétence concernant la prise en charge d'une aide sociale dont l'octroi a été validé par les services d'aide sociale. Cela permettra ainsi de démontrer que la détermination du débiteur peut se révéler délicate et être à l'origine de contentieux qui témoignent finalement de l'existence d'une forme de concurrence entre personnes publiques.

Pour autant, ce phénomène de concurrence – concurrence négative, surtout : il s'agit principalement de *ne pas payer* – n'est sans doute pas circonscrit au seul champ d'action des personnes publiques. Les relations entre les différentes formes de solidarité, et notamment entre la solidarité nationale et la solidarité familiale, peuvent également illustrer le problème de la coordination entre débiteurs – l'articulation entre ces formes de solidarité donnant lieu à des débats toujours recommencés. De fait, en la matière, le droit s'avère hésitant. Le principe demeure la subsidiarité de l'intervention de la solidarité nationale : le débiteur « naturel » reste le groupe familial – ou plus exactement un ou plusieurs parents ou alliés[1084]. Mais certaines aides ne sont pas subordonnées à la mise en œuvre de l'obligation alimentaire, ou ne donnent pas lieu à recours contre les débiteurs familiaux d'aliments ou à récupération sur succession[1085] - ce qui semble illustrer la volonté de réduire les cas d'activation de la solidarité familiale. Cependant, flux et reflux, cette tendance

---

[1080] Art L. 122-1 al. 2 du Code de l'action sociale et des familles.

[1081] Anne REVEILLERE-MAURY, « Le rôle des notions de domicile de secours, de résidence et de domiciliation dans l'imputation des dépenses d'aide sociale », RDSS 2007, p. 1066.

[1082] Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JO 6 mars 2007, p. 4190 ; v. l'article L. 264-1 CASF.

[1083] Préféré à « sans domicile fixe » par le législateur.

[1084] Car, en matière familiale, ce sont les liens interpersonnels qui importent, plus que l'appartenance à un « groupe » familial : en ce sens, v. Dominique EVERAERT-DUMONT, « Le paradoxe des obligations alimentaires ou comment concilier principe de solidarité et obligation personnelle », RDSS 2008, p. 538 et s. L'auteur relève par conséquent que concernant « la ligne de partage entre ces deux solidarités [familiale et collective] […], plus qu'un problème de mesure, c'est surtout l'articulation de deux systèmes de pensée qu'il faut mettre en évidence. Deux conceptions de la solidarité s'opposent : à une vision sociale fondée sur l'appartenance à une collectivité correspond un faisceau d'obligations interpersonnelles » (p. 539).

[1085] Sur ce phénomène v. Michel BORGETTO et Robert LAFORE, Droit de l'aide et de l'action sociales, 7e éd., Montchrestien, coll. « Domat », 2009, n° 28, p. 26 et surtout n° 193, p. 199 : « Si elle occupe toujours une place importante pour apprécier le droit à l'aide sociale, la mise en œuvre de l'obligation alimentaire s'est trouvée cependant écartée pour plusieurs prestations : frais d'hébergement et d'entretien des personnes handicapées dans les établissements de rééducation et d'aide par le travail ainsi que dans les foyers et foyers-logements, allocation compensatrice pour aide d'une tierce personne, aide ménagère à domicile des personnes âgées ou encore prestation spécifique dépendance devenue allocation personnalisée d'autonomie ».

semble, à l'heure de la volonté de réduire la dépense publique, remise en cause, notamment dans le cadre des réflexions qui animent le financement de la dépendance[1086]. Si les termes exacts de la complémentarité entre la solidarité familiale et solidarité nationale semblent donc particulièrement incertains, la nécessité même de cette articulation illustre qu'un même droit social peut appeler pour sa garantie la protection de plusieurs débiteurs.

Mais étudier les débiteurs des droits sociaux suppose également de s'interroger sur l'intensité de la contrainte pesant sur ces débiteurs : s'agit-il d'une contrainte juridique donnant corps à des droits opposables et justiciables – ce que semble impliquer la définition commune du débiteur – ou s'agit-il seulement d'une contrainte morale, politique ou sociale[1087] ? Et cette contrainte se traduit-elle par l'affirmation d'une obligation de moyens ou est-elle la source d'une obligation de résultat ? Sur ce point, les différentes contributions rassemblées dans ce titre mettront en perspective des niveaux de protection particulièrement hétérogènes : si l'obligation alimentaire entre parents et alliés est évidemment justiciable, et si les moyens de sa justiciabilité ont été accrus au cours des dernières décennies, si le droit au service public peut, dans une certaine mesure, être justiciable, cela semble plus incertain concernant la responsabilité sociale pesant sur les entreprises. La principale spécificité de la RSE est en effet son caractère volontaire ou non obligatoire, son habit de droit mou (*soft law*). L'entreprise s'engage seule et sans contrepartie envers ses travailleurs, mais ne se contraint pas.

La question de l'intensité de la contrainte supposera, par ailleurs, de s'interroger sur les éléments qui conditionnent la mise en œuvre de l'obligation, et à cet égard, il conviendra de s'intéresser au rôle du juge, mais aussi de souligner le rôle des textes, c'est-à-dire l'importance des dispositions écrites, dans la réalisation des droits sociaux. L'existence d'une disposition textuelle suffisamment précise peut en effet constituer une condition indispensable à la concrétisation d'un droit et donc à la reconnaissance d'une créance. Les études afférentes au droit au service public et au domicile de secours l'illustreront. Les garanties apportées au droit au service public se trouveront, en effet, renforcées dès lors qu'existe une disposition claire et précise faisant peser une obligation sur les personnes publiques. De la même manière, la question de l'existence d'une règle écrite et de sa normativité se pose également s'agissant de la RSE.

[1086] V., en dernier lieu, le rapport d'information n° 2647 du 23 juin 2010, fait par la députée Valérie ROSSO-DEBORD sur la prise en charge des personnes âgées dépendantes et la proposition de loi n° 2740 du 13 juillet 2010 visant à faire évoluer les critères de l'allocation personnalisée d'autonomie.

[1087] Le droit civil connaît la figure du débiteur qui ne peut être contraint : c'est l'hypothèse de l'obligation naturelle, sur laquelle v. en part. Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation, 6e éd., par Eric SAVAUX, Sirey, 2009, n° 68 et s., p. 55 et s. : « L'appellation d'obligation naturelle s'oppose à celle d'obligation civile. Celle-ci caractérise la situation de contrainte du débiteur, le créancier étant admis à exiger l'exécution, au besoin en recourant à des mesures d'exécution forcée. Celle-là est, au contraire, une obligation qui ne comporte pas un tel pouvoir de contrainte : le créancier ne peut forcer le débiteur à l'exécution ; il ne peut le poursuivre en justice à cet effet ».

L'intérêt de cette question réside dans un paradoxe qui caractérise la définition même de la RSE. Elle a pour objectif la contrainte de l'entreprise au respect de règles de droit social. Pourtant, son caractère volontaire rend l'idée d'une contrainte (étatique ou non) impossible. En dehors de l'État, le socle étatique ou international de valeurs communes risque de ne plus être respecté et le travailleur peut se trouver dans un état de quasi-incapacité à se défendre. L'entreprise se retrouve toute puissante. Et l'État inutile.

En définitive, les études réunies mettent en évidence que les droits sociaux, comme leur dénomination usuelle l'indique, ont certainement *un* débiteur, unique : la société – dans toutes ses composantes, personnes publiques comme personnes privés. Mais, entité vague, la société ne peut être attraite en justice : la justiciabilité impose la détermination de débiteurs plus précis. C'est avec l'objectif de s'interroger sur les différents niveaux de débiteurs, mais également sur l'intensité de la contrainte et les éléments conditionnant sa réalisation, que sont construites les contributions qui suivent, avec pour ambition de porter un regard croisé sur les débiteurs des droits sociaux. Ces analyses permettront de dévoiler l'existence d'une pluralité de débiteurs potentiels, même si l'intensité de la contrainte et les instruments d'activation de celle-ci souffrent parfois d'un manque d'effectivité.

Pour citer cet article

Virginie Donier, Claire Magord, Claire Marzo et Marc Pichard, « Les débiteurs des droits sociaux », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012

http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/les-dc3a9biteurs-des-droits-sociaux.pdf

CHAPITRE 1
LE DROIT AU SERVICE PUBLIC, REFLET DES OBLIGATIONS PESANT SUR LES PERSONNES PUBLIQUES,

VIRGINIE DONIER

Le rôle assigné aux services publics dans la mise en œuvre des principes républicains est fréquemment mis en exergue par le discours politique, mais aussi par la doctrine. Michel Borgetto et Robert Lafore considèrent ainsi que « le service public est le produit du renversement de la conception du droit intervenu à la fin du XIXème siècle, lequel a voulu substituer au droit révolutionnaire d'essence jusnaturaliste, individualiste et contractualiste une nouvelle construction juridique bâtie sur une théorie sociologique de l'intégration sociale »[1088]. Le discours doctrinal s'accorde en effet sur la fonction de solidarité du service public dans la mesure où il constitue sans nul doute le principal instrument de lutte contre les inégalités de fait[1089]. Une telle analyse est également confirmée par la jurisprudence administrative, le juge n'hésitant pas à justifier la création d'un service public par la volonté d'assurer à tous, et notamment aux plus modestes n'ayant pas les moyens financiers de recourir au secteur privé, l'accès à des prestations jugées essentielles[1090].

Le rôle du service public dans la mise en œuvre des droits se vérifie particulièrement s'agissant des droits sociaux qualifiés de droits-créances. Comme le soulignait Jean Rivero, « les droits de créances ne peuvent recevoir satisfaction qu'après la mise en place d'un appareil destiné à répondre aux exigences des particuliers. Le service public est donc, pour la satisfaction de tels pouvoirs, le procédé le plus normal. Tant que le service public n'est pas créé (…) le droit du créancier ne peut s'exercer »[1091]. Services publics et droits-créances entretiennent des liens étroits ; dès lors, on peut s'étonner qu'aucun texte de droit interne ne consacre expressément le droit aux services publics. Certes, il existe bien des textes qui affirment, dans des domaines particuliers, le droit d'accès à un service public, à l'instar de l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946. Mais aucune disposition constitutionnelle ne consacre le

---

[1088] Michel BORGETTO et Robert LAFORE, La République sociale, contribution à l'étude de la question démocratique en France, PUF, collection La politique éclatée, 2000, p. 306 et s.
[1089] Laurent THEVENOT, « Les justifications du service public peuvent-elles contenir le marché ? » in Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne, Antoine LYON-CAEN et Véronique CHAMPEIL-DESPLATS (dir.) Dalloz, collection Thèmes et commentaires, 2001, p. 127. Gilles J. GUGLIELMI, Geneviève KOUBI et Gilles DUMONT, Droit du service public, Montchrestien, Domat de droit public, 2007, p. 661.
[1090] CE, 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, AJDA, 1964, p. 705.
[1091] Jean RIVERO, Libertés publiques, t. 1, PUF, 1991, p. 121.

droit d'accès aux services publics alors même que le Préambule de 1946 reconnaît et garantit des droits-créances. Seule la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fait état d'un droit d'accès à certaines activités de service public : l'article 34 énonce ainsi que « l'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux (…) » ; quant à l'article 36, il affirme que « l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et les pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ». Ces deux articles constituent les seuls textes susceptibles de servir de fondement à la reconnaissance d'un droit aux services publics, sans pour autant que l'on puisse déduire des formulations retenues une quelconque obligation à la charge des États membres.

Dès lors, faut-il admettre, comme certains auteurs, que les droits sociaux proclamés en France ne le sont à l'encontre d'aucun débiteur clairement identifié[1092] ? Si l'on se reporte à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 qui fait peser sur la Nation la protection de la santé et la sécurité matérielle, on ne peut que souscrire à cette analyse. Certaines dispositions sont en revanche plus précises et désignent sans ambigüité un débiteur, à l'image de l'alinéa 13 selon lequel « l'organisation de l'enseignement public et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État ». L'emploi du terme « Nation » dans certains alinéas du Préambule témoigne sans doute de la volonté des rédacteurs du texte de laisser une marge de manœuvre substantielle aux pouvoirs publics pour décider des conditions de mise en œuvre des droits considérés. Mais sans instrument d'activation, ces dispositions, et les droits afférents, peuvent rester lettre morte. Au-delà de l'affirmation du lien entre la création d'un service public et la concrétisation d'un droit, il importe donc d'analyser les conditions de mise en œuvre de ce lien et particulièrement l'intensité de la contrainte qui caractérise cette relation. De cette analyse découlera ainsi la réponse à la question de savoir si les personnes publiques sont réellement les débiteurs des droits sociaux, ou pour le moins, les principaux débiteurs. En d'autres termes, s'interroger sur l'identification des débiteurs des droits sociaux ne suppose pas uniquement de mettre en exergue le rôle dévolu aux services publics dans la réalisation de ces droits, il convient en outre de s'interroger sur l'étendue des obligations pesant sur les personnes publiques afin de déterminer si le droit au service public, c'est-à-dire le droit à la concrétisation des droits sociaux, leur est opposable.

D'après Michel Borgetto, l'opposabilité d'un droit implique d'une part, la désignation « d'une autorité responsable de sa mise en œuvre », et d'autre part, « que le citoyen puisse, si nécessaire, revendiquer son droit devant une instance

[1092] Jean-Pierre CHAUCHARD, « Variations sur les droits sociaux », Droit social, 2010, p. 947.

compétente »[1093]. Un droit opposable semble donc être également un droit justiciable puisque le citoyen doit pouvoir disposer d'une procédure juridictionnelle permettant de garantir la mise en œuvre de ce droit. Mais la justiciabilité n'est pas nécessairement synonyme d'effectivité, et l'analyse des garanties accordées au droit au service public le démontrera. Ainsi, s'interroger sur l'intensité de la contrainte pesant sur les personnes publiques consiste à déterminer si le droit au service public est opposable, justiciable et effectif. Et pour tenter d'apporter des éléments de réponse, il faudra, dans un premier temps, se demander si la création d'un service public est une obligation à la charge des personnes publiques. Existe-t-il une contrainte juridique pesant sur les personnes publiques en la matière (I) ? Par ailleurs, une seconde question méritera d'être soulevée : la créance pesant sur les personnes publiques est-elle éteinte dès lors que le service public est créé, existe-t-il un droit d'accès aux services publics existants (II) ?

I. L'étendue des devoirs pesant sur les personnes publiques quant à la création des services publics

Si le droit à la création de services publics est souvent analysé comme un devoir social pesant sur les personnes publiques, il s'agit essentiellement de contraintes a-juridiques. La corrélation entre l'existence de services publics et la concrétisation d'un droit est fréquemment affirmée tant dans le discours doctrinal que dans la jurisprudence (A), mais cela n'engendre pas nécessairement la reconnaissance d'une créance à la charge des personnes publiques (B).

A. Les justifications apportées à l'existence des services publics : l'affirmation d'un devoir social

Le service public est traditionnellement analysé comme un vecteur de solidarité, et ce quel que soit l'objet de son activité. Cela se confirme particulièrement dans le cadre des services sociaux dont l'objectif est d'assurer une redistribution des revenus. La Commission européenne considère ainsi que les services sociaux d'intérêt général, qui ont pour objet de « répondre aux besoins vitaux de l'Homme », sont « généralement fondés sur le principe de solidarité et dépendent fortement des financements publics, de manière à garantir l'égalité d'accès, indépendamment des richesses ou des revenus »[1094]. Cet objectif de solidarité justifie par ailleurs que de telles activités puissent bénéficier de dérogations aux règles du Traité, et notamment aux règles de la

---

[1093] Michel BORGETTO, « L'accès aux droits sociaux : quelle effectivité ? » in Droit et pauvreté, Séminaire ONPES, DREES-MIiRe, 2008, p. 105 et s.

[1094] Communication de la Commission européenne du 20 novembre 2007, « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », COM(2007) 725.

concurrence[1095], même si ces dérogations ne sont ni systématiques ni généralisées. C'est en effet le degré de solidarité que comporte une activité sociale qui détermine l'applicabilité ou la non-applicabilité des règles du droit de la concurrence[1096]. Cela tend à démontrer que l'existence de services publics à vocation sociale se justifie par la volonté de garantir la mise en œuvre du principe de solidarité, et c'est précisément cet objectif qui justifie également le régime juridique qui leur est applicable en droit communautaire. Le service public est donc présenté comme un outil en faveur de la lutte contre les inégalités de fait.

La jurisprudence administrative confirme cette analyse. Dans une décision rendue le 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, le Conseil d'État a considéré que la création d'un service municipal de soins dentaires était justifiée par le souci d'assurer à tous, l'accès à un service essentiel, indépendamment du niveau de ressources des usagers[1097]. De la même manière, dans une décision plus récente, le Conseil d'État a estimé qu'un département pouvait légalement créer un service de téléalarme au profit des personnes âgées afin de faciliter leur maintien à domicile. Cette intervention ne porte pas atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie dans la mesure où elle est motivée par le principe de solidarité, c'est-à-dire par la volonté de garantir à toutes les personnes âgées, et notamment aux plus modestes, le bénéfice d'une prestation indispensable à leur maintien à domicile[1098]. Les lois du marché peuvent ainsi céder face aux impératifs de solidarité. Cela met alors en lumière les carences du secteur privé qui n'est pas en mesure de proposer une offre de service accessible à tous ; or, il appartient aux personnes publiques de combler ces carences.

Mais la justification des interventions des personnes publiques en matière de création de services publics n'est pas circonscrite au seul secteur social ; le rôle civique que revêt le service public contribue en effet à légitimer les interventions des personnes publiques dans d'autres secteurs. Ce rôle tient à ce que le service public est « un instrument essentiel pour garantir aux citoyens un mieux-être économique et social »[1099], mais il est également présenté comme une composante de la citoyenneté, et notamment de la citoyenneté européenne. C'est ce qui ressort du libre blanc de la Commission européenne du 12 mai 2004 dans lequel il est affirmé que l'accès aux services d'intérêt général « est nécessaire pour permettre aux citoyens de l'Union de jouir pleinement de leurs droits

---

[1095] Patrick THIEFFRY, « Une année en demi-teinte pour les services sociaux d'intérêt général », AJDA, 4 février 2008, p. 176.
[1096] Sean VAN RAEPENBUSCH, « Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social », in Les services d'intérêt économique général de l'Union européenne, Jean-Victor LOUIS et Stéphane RODRIGUES (dir.), Bruylant, 2006, p. 69.
[1097] Arrêt précité.
[1098] CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze, RDSS 2010, n°2, p 341, note Geneviève KOUBI et Gilles J. GUGLIELMI.
[1099] Gilles J. GUGLIELMI, Geneviève KOUBI et Gilles DUMONT, Droit du service public, précit. p. 661.

fondamentaux »[1100]. Cette corrélation autorise alors à penser que l'accès aux services publics est un préalable indispensable à l'exercice de la citoyenneté, et à l'exercice des droits fondamentaux. Dès lors, l'existence des services publics peut trouver sa légitimité dans la volonté de garantir pleinement l'exercice de la citoyenneté, et c'est sans doute ce qui justifie l'article 36 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui se réfère expressément à l'accès aux services d'intérêt économique général ; cette disposition ne vise pas nécessairement à faire de l'accès à ces activités un droit fondamental, mais elle a sa place dans la charte dans la mesure où les services d'intérêt général constituent « le socle d'un certain nombre de droits fondamentaux »[1101].

Une telle analyse se retrouve par ailleurs dans le discours politique français comme en témoigne la proposition de résolution relative au rôle des services publics présentée par plusieurs sénateurs français le 28 mai 2009. Cette proposition vise à affirmer que le « service public est un facteur de cohésion sociale. Il fait une large place à la redistribution sociale et territoriale (…). Le service public n'est donc pas simplement un prestataire de biens et de services mais aussi un producteur de lien social et de citoyenneté »[1102]. Cette vision du service public avait déjà été mise en exergue lors des débats parlementaires afférents à la loi « exclusions » du 29 juillet 1998[1103], la création de services publics étant présentée comme un instrument indispensable à la réalisation des droits fondamentaux. Le lien ainsi établi entre services publics et citoyenneté se retrouve également dans la jurisprudence administrative, et plus spécifiquement, dans la jurisprudence relative à la tarification sociale des services publics. Dans ses conclusions rendues à propos des arrêts *Commune de Gennevilliers* et *Commune de Nanterre* du 29 décembre 1997, Jacques-Henri Stahl estimait qu'« affirmer qu'est d'intérêt général tout ce qui contribue à affermir le lien social n'est pas déraisonnable »[1104]. Et cette analyse est appliquée, dans les deux cas d'espèce, à un service public qui n'a pas directement une vocation sociale car il s'agit d'un service culturel, ce qui tend à conforter le rôle assigné aux différents services publics dans la mise en œuvre de la citoyenneté.

La place dévolue aux services publics dans le discours politique, mais aussi dans la doctrine et la jurisprudence, contribue alors à mettre à la charge des personnes publiques, et notamment de l'État, un devoir qui trouve sa source dans la nécessité de garantir les conditions nécessaires à l'exercice de la citoyenneté. C'est donc là que le service public puise les justifications de son existence : dans la mesure où le secteur privé ne peut, à lui seul, assurer l'accès de tous aux droits fondamentaux, l'intervention des pouvoirs publics paraît non

---

[1100] COM (2004) 374 final.
[1101] Hélène PAULIAT, « L'accès aux services d'intérêt général et la cohésion sociale et territoriale », in L'accès aux services d'intérêt économique général, Jacques VANDAMME et Stéphane RODRIGUES (dir.), éditions ASPE Europe, 2003, p. 98.
[1102] Proposition de résolution n°446.
[1103] Loi n°98-657, JO 31 juillet 1998, p. 11679.
[1104] RFDA, 1998, p. 539.

seulement justifiée, mais également indispensable. Se dessine ainsi les contours d'un devoir pesant sur les personnes publiques et en premier lieu sur l'État. La question est alors de savoir si ce devoir social, ou cette contrainte a-juridique, trouve sa concrétisation en droit : le devoir social qui semble être à l'origine de l'existence de services publics se traduit-il par la consécration d'un droit opposable ?

B. L'intensité de la contrainte juridique : une opposabilité variable

La question de savoir si les personnes publiques sont dans l'obligation de créer des activités de service public suppose de rechercher l'existence de dispositions textuelles ou de principes juridiques dictant au législateur, ou aux collectivités territoriales, une telle obligation. D'après certaines analyses doctrinales, existeraient des services publics dont l'existence est imposée, ou tout du moins découle, de dispositions constitutionnelles et sont ainsi placés à l'abri du législateur[1105]. Cela ne signifie pas pour autant que de telles activités constituent, dans tous les cas, des monopoles étatiques, certains services publics dont l'existence découle de dispositions constitutionnelles peuvent en effet admettre, aux côtés du secteur public, un secteur privé[1106]. Tel est le cas de l'éducation ou de la santé.

Mais il n'en demeure pas moins qu'une partie de la doctrine considère que de telles activités, qui semblent être impliquées par une disposition constitutionnelle, s'imposent aux personnes publiques et supposent l'existence d'un service public ; s'agissant du service public de l'éducation, cela est affirmé par l'alinéa 13 du Préambule de 1946. Cependant, le manque de précision de certaines dispositions ne permet pas toujours d'en déduire explicitement l'obligation de créer un service public. A la lecture de l'alinéa 11 du Préambule de 1946, on ne peut en effet conclure à l'existence d'un service public constitutionnel de la protection sociale. Si cette disposition reconnaît le droit à la protection sociale, elle n'exige pas que ce droit soit mis en œuvre par le biais d'un service public ; il appartient certes, à la Nation de garantir ce droit, mais compte tenu de l'imprécision de cette disposition, on ne peut conclure, de prime abord, à l'obligation de créer un service public. Les moyens à mettre en œuvre pour garantir les droits énoncés par l'alinéa 11 ne sont pas clairement exposés, ils sont laissés à la libre appréciation du législateur. Or, cette indétermination n'est pas sans conséquences sur l'opposabilité de cette disposition, le manque de

---

[1105] Louis FAVOREU, « Service public et Constitution », AJDA, 1997, n° spécial, p. 16 ; Pierre ESPUGLAS, Conseil constitutionnel et service public, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1994. Pour une analyse contraire, v. Ramu DE BELLESCIZE, Les services publics constitutionnels, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2005.
[1106] Ces services publics entrent alors dans ce que certains auteurs qualifient de services publics constitutionnels de « second rang », par opposition aux services publics constitutionnels de « premier rang » qui correspondent aux fonctions de souveraineté et qui excluent toute intervention du secteur privé. V. en ce sens Pierre ESPUGLAS, précit. p 34 et s.

précision dans l'énoncé d'un droit étant régulièrement présentée comme un obstacle à son opposabilité et à sa concrétisation[1107].

Néanmoins, on peut considérer que la dimension universelle de cet alinéa, visant à garantir à « tous » le droit à la sécurité matérielle, impose l'existence d'un secteur public aux côtés du secteur privé qui, par nature, est guidé par des considérations financières. Ainsi, en dépit de l'imprécision de l'alinéa 11, on peut tout de même penser que l'universalité dont cette disposition est empreinte implique la mise en œuvre d'un service public. Pour autant, cette obligation n'est assortie d'aucune sanction, aucun dispositif juridique ne permet, en effet, d'enjoindre au législateur la création de services publics, *a fortiori* lorsque ces activités découlent de dispositions constitutionnelles dont les implications sont nébuleuses.

Cela tend notamment à mettre en lumière l'importance de l'existence d'une disposition précise, qu'elle soit constitutionnelle ou législative, pour imposer l'obligation de créer un service public. Et sur ce point, la mise en œuvre du service minimum d'accueil conforte cette analyse : dans sa décision rendue le 7 août 2008, le Conseil constitutionnel a considéré que l'institution d'un droit d'accueil au profit des élèves des écoles maternelles et élémentaires publiques pendant le temps scolaire supposait la création d'un service public[1108]. En l'occurrence, la corrélation entre la reconnaissance d'un droit et l'existence d'un service public est affirmée dans la mesure où elle découle d'une disposition législative dont le niveau de précision est suffisant pour créer une obligation à la charge des personnes publiques. Et c'est parce que l'existence d'une telle obligation ne fait pas de doute que le juge administratif n'hésite pas à sanctionner les collectivités territoriales ayant refusé de mettre en place un tel service public, et à faire usage de son pouvoir d'injonction, éventuellement sous astreinte, afin de leur imposer la réalisation de cette obligation[1109]. On remarque dès lors que le juge administratif dispose, par le biais de son pouvoir d'injonction, de la possibilité de garantir la mise en œuvre d'une obligation mise à la charge d'une autorité administrative par la loi. Mais aucune solution similaire n'est valable à l'adresse du législateur dont la carence dans la création du service ne semble pouvoir être sanctionnée, notamment lorsque l'obligation découle de dispositions imprécises.

Deux conditions semblent finalement devoir être réunies pour assurer l'opposabilité d'un droit : il convient d'une part que ce droit soit affirmé en des termes suffisamment précis, et d'autre part, il doit être assorti d'une sanction

---

[1107] Xavier PRETOT, commentaire de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, Le Préambule de la Constitution de 1946, Gérard CONAC, Xavier PRETOT, Gérard TEBOUL (dir.) Dalloz, collection Thèmes et commentaires, 2001, p. 261 ; François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in Les usages sociaux du droit, Danièle LOCHAK (dir.), CURAPP, PUF, 1989, p. 126.

[1108] CC, n° 2008-569 DC, JO 21 août 2008.

[1109] V. par exemple TA Paris, 30 janvier 2009, n° 0816692, JCP édition A, 4 mai 2009, p. 39, comm. Jean-Marie PONTIER.

résidant dans l'existence d'un recours juridictionnel, ce qui tend à mettre en exergue le rôle du juge dans la garantie des droits[1110].

Mais surtout, l'opposabilité du droit au service public semble variable, ce qui laisse apparaître un paradoxe entre l'affirmation d'un devoir social à la charge de l'État et l'absence d'obligation générale pesant sur les personnes publiques. Les justifications apportées à l'existence des services publics ne se sont pas donc nécessairement traduites en contraintes juridiques : si le discours doctrinal et politique reconnaît largement l'existence d'une créance à la charge des personnes publiques, le droit positif ne dispose pas d'un instrument général d'activation de cette créance. Le service public est certes présenté comme un vecteur de citoyenneté et donc comme le socle d'un certain nombre de droits fondamentaux, mais la traduction de cette analyse en droit positif est soumise à des conditions qui ne sont pas nécessairement satisfaites.

La question que l'on peut se poser à présent, à l'égard de l'existence des services publics, est de savoir si le pouvoir d'appréciation reconnu aux pouvoirs publics pour mettre en œuvre de telles activités, en l'absence de dispositions textuelles précises, s'exerce de la même manière tout au long de la vie du service. La faculté de créer un service public se traduit-elle, parallèlement, par la faculté de le supprimer, ou pour le moins, d'en réduire le champ d'action soit matériellement, soit géographiquement ? A cet égard, la jurisprudence constitutionnelle relative aux services publics constitutionnels permet d'établir que la marge de manœuvre du législateur s'agissant du maintien de l'activité est plus retreinte. Michel Borgetto le démontre à propos du service public de la protection sociale : selon lui, la notion de service public constitutionnel tend à préserver le droit à la protection sociale en interdisant au législateur de supprimer purement et simplement ce service sans le remplacer par un système au moins équivalent[1111]. Il apparaît ainsi que l'existence d'une disposition constitutionnelle légitimant l'existence d'un service public peut le mettre à l'abri de toute suppression radicale. Si l'imprécision de certaines dispositions constitutionnelles ne permet pas de déceler l'affirmation d'un droit opposable à la création de l'activité dans la mesure où la carence du législateur ne peut être sanctionnée, ces dispositions peuvent néanmoins devenir opposables dès lors qu'il s'agit de préserver l'existence même du service.

Pour autant, cela ne signifie pas que l'autorité publique n'est pas en mesure de supprimer certaines implantations locales de services publics ; le droit au maintien des services, dont certains trouvent leur fondement dans des dispositions constitutionnelles, est en réalité un droit à la prestation. Ce droit se

---

[1110] Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Normativité et effectivité des droits économiques et sociaux dans les débats constituants de 1946 », in La Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948-2008) - Réalité d'un idéal commun ?, La documentation française, 2009, p. 406. V. également François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », précit.
[1111] Michel BORGETTO, « La notion de service public constitutionnel face au droit de la protection sociale » in Le droit administratif entre permanences et convergences, Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME, Dalloz, 2007, p. 83.

concilie avec le pouvoir d'appréciation reconnu aux personnes publiques dans la gestion de leurs activités de service public, comme en témoigne la jurisprudence administrative relative à la réforme de la carte judiciaire : si la justice est incontestablement un service constitutionnel, le juge administratif considère que l'autorité chargée de sa mise en œuvre est tout à fait fondée à décider de supprimer certains tribunaux, c'est-à-dire certaines implantations locales de ce service[1112]. Certes, on trouve dans la jurisprudence administrative, des décisions qui imposent le maintien d'un service dès lors qu'il répond à un besoin avéré ; tel est notamment le sens d'une décision rendue par le Conseil d'État à propos d'un service d'ophtalmologie dans un hôpital[1113]. Toutefois, cette solution paraît quelque peu isolée. La mise en perspective de ces deux jurisprudences permet d'ailleurs de démontrer que les services régaliens ne bénéficient pas nécessairement d'une protection plus importante que celle accordée aux services à vocation sociale. Le pouvoir d'organisation reconnu à l'administration sur ses services publics dépasse largement le clivage entre droits civils et politiques d'un côté, et droits économiques, sociaux et culturels de l'autre. Ce pouvoir lui permet en effet, dans les deux cas, de procéder à des aménagements géographiques en supprimant des implantations locales, et ce, même s'il s'agit de services trouvant leur justification dans la Constitution. Dans la mesure où de telles décisions ne conduisent pas à remettre en cause le droit à la prestation, puisque le service n'est pas supprimé dans sa globalité, elles sont autorisées.

S'agissant en revanche des aménagements matériels qui pourraient être apportés aux activités de service public découlant de la Constitution, le juge constitutionnel a construit une jurisprudence qui semble révéler l'existence d'une contrainte juridique à la charge des personnes publiques. Lorsque le législateur aménage le champ matériel d'une prestation existante, le Conseil estime qu'il doit veiller à ce que ces aménagements n'aboutissent pas à remettre en cause des exigences de caractère constitutionnel[1114]. Cela signifie que le législateur se doit de respecter un minimum incompressible, la loi ne peut affecter « la substance même d'un droit (…) en réduisant [la garantie accordée antérieurement] de manière telle que le droit en question se trouve atteint dans son principe »[1115]. Cette jurisprudence est applicable aux services à vocation sociale, ce qui tend à démontrer que l'alinéa 11 du Préambule de 1946 peut mettre des obligations à la charge des personnes publiques. Cet alinéa devient opposable lorsque le législateur modifie le champ des garanties matérielles

---

[1112] V. en ce sens les décisions rendues par le CE le 8 juillet 2009, Commune de Saint-Die-des-Vosges, n° 314236 et Commune de Nogent le Rotrou n°319066 ; Mathieu TOUZEIL-DIVINA, « La redistribution des cartes judiciaires », AJDA,2010, p 398. V. également CE, 19 février 2010, M. Pierre M et autres, n° 322407. Dans ces différentes espèces, si le Conseil d'État annule parfois la décision de suppression de tel ou tel tribunal, il n'en demeure pas moins qu'il rappelle l'étendue du pouvoir d'organisation dont disposent les autorités publiques sur ce service public.

[1113] CE, 28 février 1990, Décaudin, n° 73788.

[1114] V. en ce sens la décision n° 97-393DC du 18 décembre 1997, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998, JO 27 décembre 1997, p. 19663.

[1115] Michel BORGETTO et Robert LAFORE, La République sociale. Contribution à l'étude de la question démocratique en France, PUF, collection La politique éclaté, 2000, p. 231 et s.

accordées au droit à la sécurité matérielle, au droit à la protection de la santé, ou au droit d'obtenir des moyens convenables d'existence. Le service public semble ainsi être protégé dans son existence même, mais aussi, dans une certaine mesure, dans son champ matériel. Pour autant, aucune jurisprudence n'est, pour l'heure, venue sanctionner les choix du législateur ; la définition de conditions plus restrictives pour bénéficier d'une prestation n'a pas été jugée contraire à la Constitution[1116]. Les potentialités offertes par cette ligne jurisprudentielle, qualifiée de cliquet anti-retour, restent donc virtuelles. Il n'en demeure pas moins qu'elle est susceptible de servir de fondement à l'opposabilité du droit au service public dès lors que l'activité en cause découle d'une disposition constitutionnelle.

En définitive, l'existence des services publics reçoit une protection variable : si la création de services publics relève généralement du pouvoir discrétionnaire des personnes publiques, la vie de ces activités bénéficie d'une protection qui peut être opposée à la personne publique. Mais au-delà des questions ayant trait à l'existence des services publics, il convient également de s'interroger sur la portée du droit d'accès aux services créés.

II. L'étendue des devoirs pesant sur les personnes publiques quant à l'accès aux services publics existants

L'analyse ne porte plus, dans cette hypothèse, sur les conditions d'existence des services publics, c'est-à-dire sur les conditions entourant leur création et leur suppression, mais se tourne vers les obligations pesant sur les personnes publiques à l'égard des services déjà mis en place. Cela permettra de démontrer que le droit d'accès au service public est opposable grâce aux lois du service public qui imposent un certain nombre de contraintes aux personnes publiques, contraintes qui peuvent servir de fondement à un recours juridictionnel. Le droit d'accès est donc justiciable (A), mais cela suffit-il pour garantir son effectivité (B) ?

A. La justiciabilité du droit d'accès garantie par les lois du service public

Pas plus qu'il n'existe de droit général à la création et au maintien des services publics, il n'existe un droit d'accès aux services publics reconnu de manière globale. En dépit des affirmations contenues dans les articles 34 et 36 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, on ne peut conclure à la reconnaissance d'un droit d'accès. En effet, ces dispositions visent simplement à reconnaître les actions des États en la matière, sans leur dicter de réelles obligations. A l'instar de certains auteurs, il faut en convenir que l'article

[1116] V. en ce sens la décision précité du 18 décembre 1997 : le Conseil constitutionnel a considéré que le législateur pouvait soumettre l'octroi d'allocations familiales à une condition de ressources sans remettre en cause des exigences de caractère constitutionnelle.

36 « n'est pas à ranger parmi les droits subjectifs invocables en justice » ; « l'article 36 ne contraint pas les instances communautaires à mettre en œuvre un droit d'accès aux services d'intérêt économique général, il consacre au contraire une abstention : ne pas remettre en cause les législations et les pratiques nationales qui mettent en œuvre le droit d'accès aux services d'intérêt économique général »[1117]. Le contenu du droit d'accès est ainsi déterminé par chaque État membre, réserve faite du service universel puisque cette notion détermine un minimum commun à tous les États et auquel tous les citoyens de l'Union ont droit. Le service universel confère donc des droits aux usagers, tout du moins, dans les domaines dans lesquels il existe car le champ d'application de cette notion demeure sectoriel[1118]. Mais en dehors du service universel, aucune obligation découlant du droit communautaire n'est imposable aux États, les termes de la charte des droits fondamentaux ne souffrent sur ce point d'aucune ambigüité : l'Union européenne se cantonne dans un rôle d'abstention, elle se refuse à endosser un rôle d'impulsion.

Dès lors, puisque le droit communautaire n'est pas la source d'un droit général d'accès aux services publics, il convient de voir dans quelle mesure les règles qui régissent le fonctionnement des services publics en droit interne peuvent être à l'origine d'un droit d'accès. C'est en effet au travers des principes de continuité, d'égalité, et dans une moindre mesure d'adaptabilité que le droit d'accès au service public semble trouver une traduction. Si la doctrine tend à lier la question du droit d'accès à celle de l'interprétation du principe d'égalité[1119], il convient également de ne pas écarter les deux autres lois du service public en ce qu'elles contribuent à garantir un droit au fonctionnement normal de l'activité, droit qui est opposable.

S'agissant tout d'abord du principe d'égalité, la jurisprudence démontre que ce principe bénéficie d'une attention particulière : dans la décision précitée du 20 novembre 1964, *ville de Nanterre*, le Conseil d'État affirme que l'accès à un service de soins dentaires ne peut être interdit à un candidat-usager sous prétexte que ses ressources lui permettent de recourir au secteur privé. Certes, la création de services à vocation sociale réservés aux plus démunis est admise par le juge[1120], mais en dehors de ces activités, le niveau de ressources ne peut

---

[1117] Loïc GRARD, « Place et signification de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour le concept de service d'intérêt économique général », in L'accès aux services d'intérêt économique général, précit. p 31. Olivier DE SCHUTTER, « Le droit d'accès aux services d'intérêt économique général comme instrument de promotion des droits sociaux », in L'accès aux services d'intérêt économique général, précit. p. 69.

[1118] C'est notamment pour cette raison que, d'après certains auteurs, le service universel n'a d'universel que le nom : voir en ce sens Gilles J. GUGLIELMI, « Un service public universel ? » in Sujets et objets universels du droit, Geneviève KOUBI et Olivier JOUANJAN (dir.), Presses universitaires de Strasbourg, 2007, p. 91.

[1119] V. en ce sens le manuel de Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT et Claudie BOITEAU, Droit des services publics, Armand-Colin, 2004, p. 404 et s : la question de l'accès est présentée comme une composante de l'égalité devant le service public.

[1120] Dans sa décision du 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle (décision n° 99-416DC, JO 28 juillet 1999), le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur pouvait avoir recours à un plafond de ressources pour déterminer les catégories de personnes

constituer un critère d'exclusion. Par ailleurs, la jurisprudence relative à l'utilisation du critère de la nationalité témoigne de l'étendue des garanties accordées aux usagers grâce au principe d'égalité : le juge administratif n'hésite pas à sanctionner les différences de traitement fondées sur ce critère lorsqu'elles sont sans lien avec l'objet du service[1121]. Mais surtout, certaines décisions démontrent que le juge exerce un contrôle vigilant : tel est le cas d'un jugement du Tribunal administratif de Lyon du 17 décembre 1996. Dans cette espèce, un conseil municipal avait décidé de subordonner le versement de certaines aides en direction des personnes âgées à la perception de l'allocation supplémentaire versée par le fonds national de solidarité[1122]. Aucune condition de nationalité n'était expressément mentionnée, mais pour pouvoir bénéficier de l'allocation supplémentaire, il fallait être de nationalité française ou être ressortissant d'un État ayant signé une convention internationale de réciprocité avec la France. Il existait donc, de manière indirecte et dissimulée, une discrimination fondée sur la nationalité, comme l'a reconnu le juge qui n'a pas manqué de la sanctionner[1123]. Cette jurisprudence démontre qu'il existe une obligation à la charge de la personne gestionnaire du service en vertu de laquelle la construction de catégories d'usagers doit être justifiée par une différence objective de situation ou par une nécessité d'intérêt général en rapport avec l'objet de l'activité[1124]. Un tel droit est non seulement opposable, mais aussi justiciable puisque l'usager est en mesure de saisir le juge administratif par le biais d'un recours pour excès de pouvoir ou par le biais d'un référé afin de faire sanctionner une discrimination, c'est-à-dire une différence de traitement injustifiée.

Outre ce droit à l'égalité, existe également un droit au fonctionnement régulier du service découlant des principes de continuité et d'adaptabilité ; il implique que les usagers puissent bénéficier de la prestation dans les conditions normalement prévues. Un tel droit, qui pèse tant sur la personne publique gestionnaire de l'activité, que sur le délégataire de service public[1125], permet par exemple de s'opposer aux interruptions injustifiées[1126] ; il confère par conséquent un droit à la prestation, dans les conditions définies par les textes. Mais surtout, il importe de souligner qu'un tel droit est opposable et justiciable dans la mesure

---

pouvant prétendre à la couverture maladie universelle. Dans l'hypothèse des services publics à vocation sociale, la prise en compte des ressources pour exclure de l'accès à l'activité est justifiée.

[1121] CE, 30 juin 1989, BAS de Paris Contre Lévy, RFDA 1990, p 578, concl. Daniel LEVIS ; Danièle LOCHAK, « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », Droit social 1990, n°1, p. 76.

[1122] TA Lyon, 17 décembre 1996, Association comité tous frères, rec. tables p. 693.

[1123] V. également TA Marseille, ordonnance, 21 janvier 2002, M. Sow, AJDA,avril 2002, p. 362 : dans cette espèce, le tribunal a souligné qu'une distinction établie entre les étrangers résidant régulièrement en France et les étrangers en situation régulière pour déterminer les tarifs d'une cantine scolaire faisait naître un doute sérieux quant à sa légalité.

[1124] CE, 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, rec. p. 274.

[1125] CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Trivoli, GAJA.

[1126] CE, 13 février 1987, Toucheboeuf, rec. p. 45 : le Conseil a, dans cette espèce, eu l'occasion de sanctionner la fermeture anticipée d'un établissement d'enseignement afin d'organiser des épreuves d'examen.

où il peut notamment servir de fondement à l'exercice d'une action en responsabilité[1127].

Ainsi, c'est par le biais des *lois de Rolland* que l'usager du service public peut revendiquer un droit d'accès à la prestation, droit qui est justiciable. Pour autant, cela autorise-t-il à conclure à l'effectivité du droit d'accès, la justiciabilité d'un droit est-elle garante de son effectivité ?

B. Un droit d'accès dont l'effectivité demeure perfectible

En dépit du caractère opposable des règles de fonctionnement du service public, les décisions dans lesquelles le juge consacre l'existence d'une obligation de résultat à la charge d'une personne publique demeurent rares. En d'autres termes, si le juge s'assure que les personnes publiques n'ont pas méconnu les *lois de Rolland*, cela ne suffit pas pour mettre au crédit des usagers un droit d'accès effectif. Cela découle notamment de l'interprétation qui est traditionnellement retenue du principe d'égalité. Ce principe peut servir de fondement à la mise en œuvre de différences de traitement tarifaires afin de permettre à tous, l'accès à un service public. Favoriser l'accès à ces activités peut constituer une nécessité d'intérêt général et ainsi, justifier l'application d'une tarification sociale[1128]. Mais en aucun cas, le principe d'égalité ne peut donner lieu à la consécration d'un droit à la différence[1129] : la mise en place d'une tarification sociale, visant à garantir à tous l'accès à certaines activités, relève du seul pouvoir d'appréciation de la personne gestionnaire de l'activité, réserve faite des hypothèses dans lesquelles un texte impose un tarif social[1130]. Par conséquent, la justiciabilité du droit d'accès n'est pas nécessairement garante de son effectivité puisque la personne publique n'est pas tenue de remédier à tous les obstacles d'ordre matériel susceptibles de compromettre cet accès.

Les décisions dans lesquelles le juge consacre une véritable obligation de résultat à la charge de la personne publique sont rares, mais il en existe tout de même dans le cadre du service public de l'éducation. Le Conseil d'État a en effet eu l'occasion d'engager la responsabilité de l'État en raison de sa carence dans la mise en œuvre des moyens nécessaires au fonctionnement de ce service public[1131]. Par ailleurs, le juge administratif n'a pas hésité à affirmer, dans une décision du 8 avril 2009, l'existence d'une obligation de résultat en faveur des

---

[1127] CE, 27 janvier 1988, Ministre de l'Education nationale contre Giraud, rec. p. 39 : le juge a reconnu la faute de l'État qui n'avait pas nommé suffisamment de professeurs pour assurer les heures d'enseignement obligatoires inscrites au programme scolaire.

[1128] Sur cette question, voir les arrêts rendus par le CE le 29 décembre 1997, Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre, avec les conclusions de Jacques-Henri STAHL, précit. note Michel BORGETTO, RDP 1998, n°3, p. 899. V. également CE, 20 janvier 1989, CCAS de la Rochelle, AJDA, 1989, p. 398, note Xavier PRETOT ; CE, 18 mars 1994, Mme Dejonckerre, LPA 4 novembre 1994, note Victor HAÏM.

[1129] CE, 28 mars 1997, Société Baxter, rec. p. 114.

[1130] V. par exemple, s'agissant du service téléphonique, les obligations figurant à l'article L35-1 du code des postes et des communications téléphoniques.

[1131] CE, 27 janvier 1988, Ministre de l'éducation nationale contre Giraud, précit.

enfants handicapés[1132]. Cette décision met fin aux tergiversations de la jurisprudence antérieure, certaines décisions ayant considéré que l'État était uniquement redevable d'une obligation de moyens, tandis que d'autres n'avaient pas hésité à affirmer que la carence de l'État dans la mise en œuvre du droit à l'éducation était constitutive d'une faute[1133]. Dans l'arrêt du 8 avril 2009, le Conseil d'État affirme sans ambigüité que la scolarisation des enfants handicapés est un devoir pesant sur l'État, ce qui revient à leur reconnaître un droit à la prestation indépendamment des différences de situation que connaissent les enfants handicapés par rapport aux autres enfants. Le juge affirme en effet que « le droit à l'éducation est garanti à chacun, quelles que soient les différences de situation », et il ajoute que « l'obligation scolaire s'appliquant à tous, les difficultés particulières que rencontrent les enfants handicapés ne sauraient avoir pour effet ni de les priver de ce droit, ni de faire obstacle au respect de cette obligation ». Mais l'affirmation d'une obligation de résultat à l'adresse des personnes publiques reste marginale au sein de la jurisprudence : si, dans l'hypothèse du service public de l'éducation nationale, les principes d'égalité et de continuité se révèlent particulièrement contraignants à l'égard du gestionnaire du service, une telle solution demeure isolée. Dès lors, quelles sont les raisons qui expliquent que les lois du service public puissent faire l'objet d'une interprétation aussi contraignante dans le cadre de l'éducation et pas dans le cadre d'autres activités de service public ? L'explication réside peut-être dans l'existence d'une disposition textuelle suffisamment claire pour que sa normativité ne soit pas sujette à controverses. En l'occurrence, les dispositions de l'alinéa 13 du Préambule la Constitution de 1946 mettent clairement à la charge de l'État « l'organisation de l'enseignement public et laïc à tous les degrés ». Ce texte a très certainement servi de fondement à l'évolution de la jurisprudence administrative et à l'affirmation d'une obligation de résultat. Cela démontre que le droit d'accès au service public ne s'épuise pas dans les seules *lois de Rolland* : ces principes fondamentaux permettent effectivement de garantir la justiciabilité du droit au service public mais leur intensité semble pouvoir varier selon les activités. Si l'on met en perspective la jurisprudence relative à la tarification sociale et la jurisprudence relative à l'accès au service public de l'éducation, on observe que la force contraignante de ces principes n'est pas la même. Certes, c'est au travers des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité que l'accès au service, et notamment au service public de l'éducation, trouve sa concrétisation, mais on ne peut se satisfaire de ces seules dispositions. C'est la conjonction entre ces principes et l'existence d'une norme claire et précise qui a permis au juge

---

[1132] CE, 8 avril 2009, Laruelle, AJDA, 29 juin 2009, p. 1261, concl. Rémi KELLER ; Hervé RIHAL, « La scolarisation des enfants handicapés : une obligation de résultat pour l'État », RDSS 2009, p. 556 ; Philippe RAIMBAULT, « La reconnaissance d'une droit subjectif à la scolarisation des enfants handicapés », Recueil Dalloz 2009, p. 1508.

[1133] V. en sens le jugement du TA de Lyon, 29 septembre 2005, M et Mme K, JCP éd A, 26 décembre 2005, p. 1393, note Samuel DELIANCOURT. Dans cette décision, le tribunal avait considéré que l'État était simplement tenu d'une obligation de moyens. Parallèlement, voir CAA Paris, 11 juillet 2007, Ministre de la santé et des solidarités, AJDA, 2007, p. 2151 : cette décision consacre une obligation de résultat à la charge de l'État.

administratif de dégager une obligation de résultat, et donc un droit effectif à l'accès au service public de l'éducation. Les lois du service public n'épuisent pas toutes les potentialités des « droits à » dès lors que ces droits sont affirmés en des termes dénués d'équivoque[1134] ; ces différente dispositions tendent au contraire à se combiner pour se renforcer mutuellement. En revanche, s'agissant du service public de la protection sociale, l'imprécision de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, qui en constitue le fondement textuel, n'autorise pas à espérer une solution analogue à celle retenue pour le service de l'éducation. Cela démontre ainsi l'importance de l'existence d'un texte de référence suffisamment précis dans l'activation de la contrainte pesant sur les personnes publiques, la consécration d'un droit d'accès effectif semble être subordonnée à cette condition.

Mais au-delà de ces considérations ayant trait à l'existence d'une disposition claire et précise, d'autres explications permettent de comprendre pourquoi le juge administratif se refuse généralement à reconnaître une obligation de résultat. Ces explications tiennent à la place que la jurisprudence administrative accorde à la liberté du commerce et de l'industrie, liberté qui peut se trouver remise en cause par la consécration d'un droit d'accès effectif au service public. Sur ce point, les décisions rendues à propos des arrêtés municipaux visant à interdire les coupures d'eau et d'énergie le confirment. Si le juge administratif n'exclut pas totalement que le maire fasse usage de son pouvoir de police en pareil cas, il estime cependant que ce pouvoir doit se concilier avec la liberté du commerce et de l'industrie[1135]. Or, les interdictions générales et absolues prises par les maires sont susceptibles de porter atteinte à cette liberté, et aucune justification tirée de la nécessité de préserver la dignité humaine n'a été admise par le juge[1136]. Même dans les hypothèses où l'arrêté était circonscrit aux seules personnes de bonne foi, le juge administratif a sanctionné l'illégalité en refusant de reconnaître qu'existait effectivement un risque pour la dignité humaine[1137].

Dans le cadre des services publics industriels et commerciaux, le juge administratif a ainsi développé une jurisprudence restrictive à l'égard de l'effectivité du droit d'accès au service public, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie expliquant sans doute que le juge répugne à mettre à la charge de l'État une obligation de résultat. Si ce principe cède parfois face à la nécessité de créer un service destiné à garantir à tous le bénéfice d'une prestation jugée indispensable[1138], il s'oppose néanmoins, dans le cadre des services public industriels et commerciaux existants, à la mise en œuvre de dispositifs sociaux non prévus par les textes.

[1134] Pour une analyse divergente, v. Marc PICHARD, Le droit à : Etude de législation française, Economica, collection recherches juridiques, 2006, p. 357 et s.
[1135] V. en ce sens CAA de Versailles, 25 octobre 2007, commune de Bobigny, n°06VE00008.
[1136] Stéphane BRACONNIER, « Les arrêtés municipaux anti-coupures d'eau : une réponse juridique inadaptée à un problème social réel », AJDA, 2005, p. 644.
[1137] CAA Paris, 12 février 2008, Société EDF, n° 07PA02710.
[1138] CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze, précit.

En définitive, puisque le droit au service public est, pour reprendre le titre de cette contribution, le reflet des obligations pesant sur les personnes publiques, force est de constater que ce reflet est quelque peu trouble. Le droit à la création de services publics bénéficie en effet d'une opposabilité incertaine, dont le champ d'action paraît sectoriel. Quant à l'analyse de la créance pesant sur les personnes publiques à l'égard des services existants, elle met en lumière les limites de la justiciabilité d'un droit, en ce sens qu'elle n'est pas nécessairement garante de son effectivité. Mais dans tous les cas, l'existence de normes claires et précises permettrait sans doute d'accroître la contrainte pesant sur les personnes publiques.

Pour citer cet article
Virginie Donier, « Le droit au service public, reflet des obligations pesant sur les personnes publiques » *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012
http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/le-droit-au-service-public.pdf

CHAPITRE 2 - LA RESPONSABILITE SOCIALE DES ENTREPRISES. A MI-CHEMIN ENTRE LA *SOFT LAW* ET LE *JUS COGENS* : LA QUESTION DE L'EFFECTIVITE DE LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR LES ENTREPRISES MULTINATIONALES

CLAIRE MARZO

C'est un lieu commun que de dire que les droits fondamentaux et en particulier les droits sociaux sont des droits opposables aux personnes publiques[1139]. Il est, par contre, beaucoup moins admis que des acteurs non étatiques puissent se voir chargés de la mise en œuvre de droits sociaux. Les débiteurs des droits sociaux sont le plus souvent des États mais on trouve encore des personnes privées : des personnes physiques, par exemple dans le cadre du droit de la famille français[1140], ou des personnes morales comme les entreprises par le biais de la responsabilité sociale des entreprises (RSE).

Les prémices de cette affirmation reposent sur la théorie de la citoyenneté sociale au sens des lois Auroux sur la démocratie industrielle[1141]. L'idée était que les droits sociaux devaient transpercer l'unité juridique de l'entreprise pour s'appliquer aussi aux travailleurs. Alors qu'auparavant seule l'entreprise se voyait accorder des droits et devoirs, il fallait décomposer plus avant cette entité afin de protéger les salariés face aux employeurs. Cela s'est traduit par la reconnaissance de droits procéduraux et matériels aux salariés. Lors d'un passage au niveau international, principalement lié à la mondialisation[1142], l'idée d'une protection des travailleurs n'a pas décru[1143]. Mais elle s'est trouvée lésée face à une augmentation des pouvoirs de déplacement

---

Une version plus complète de ce rapport est disponible en ligne : http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport_final/RSE_claire_marzo.pdf.

[1139] Avec les controverses qu'on lui connaît… V. Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUENAUD, Stéphane RIALS, François SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, Dunod / PUF, 2008.

[1140] V. Marc PICHARD, *infra*.

[1141] Martine LE FRIANT, « La démocratie sociale, entre formule et concept », *Regards*, 2001, vol. 19, pp. 47-53, p. 6.

[1142] Définie comme l'« intensification des relations à travers le monde qui relient des localités distantes d'une telle manière que des évènements locaux sont engendrés par des causes géographiquement lointaines et vice versa », V. Jürgen HABERMAS, « The European nation state: Its achievements and its limitations, on the past and future of sovereignty and citizenship », *Ratio Juris*, 1996, 9(2), pp. 125-137.

[1143] Franck COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" de l'économie et du droit », *Droit et Société*, 01/01/2007, n° 65, pp. 91 -101.

géographique de l'entreprise et à l'affaiblissement controversé de l'État face à ces mouvements.

Deux phénomènes ont donc conduit à la RSE : l'intégration des droits sociaux au sein de l'entreprise et le retrait progressif de la mainmise de l'État sur la question de la protection des droits sociaux. Ces deux phénomènes se sont croisés pour conduire à une protection bigarrée et parfois limitée des droits sociaux.

Pourtant, la principale spécificité de la RSE est son caractère volontaire ou non obligatoire, son habit de droit mou (*soft law*). L'entreprise s'engage seule et sans contrepartie envers ses travailleurs, mais ne se contraint pas. Définie par la Commission européenne comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »[1144], elle trouve parfois des définitions plus étroites ou plus larges. Par exemple, selon Milton Friedman, elle « se limite à la création de profits et d'emplois, au paiement des impôts et au respect des règles du jeu définies par les pouvoirs publics »[1145]. D'autres proposent encore une définition hiérarchisée insinuant que « les pratiques de RSE s'ajoutent à celles qui visent à créer des profits, ce qui conduit à une hiérarchisation entre la responsabilité économique et sociale des entreprises, cette dernière constituant un luxe que l'on pourrait s'offrir dans les périodes de croissance économique »[1146]. Quelle que soit la définition choisie, le degré important de choix de l'entreprise de s'engager volontairement pour la protection des droits sociaux de leurs travailleurs et d'autres parties prenantes apparaît clairement. « Cette approche ouvre les perspectives les plus intéressantes pour l'entreprise et la société et semble pouvoir convaincre les dirigeants de s'engager durablement dans des démarches de RSE ambitieuses »[1147].

Cette notion, très décriée à ses débuts, a connu depuis un certain essor[1148]. Elle se traduit concrètement par de nombreux types de textes, les plus renommés étant les codes de conduite[1149]. Elle conduit à la protection de droits sociaux variés[1150]. Elle soulève un grand nombre de questions : quelle mise en œuvre des droits sociaux ? par qui ? quels contrôles ? par quels mécanismes[1151] ?

[1144] COM(2002) 347 final et COM(2006) 136 final.
[1145] André SOBCZAK, « Pour une définition de la RSE à la hauteur des enjeux ! », *Metis*, 16 Avril 2010, http://www.metiseurope.eu/pour-une-definition-de-la-rse-a-la-hauteur-des-enjeux_fr_70_art_28765.html.
[1146] André SOBCZAK propose d'intégrer les comportements obligatoires, *ibid.*
[1147] Ibid.
[1148] Par exemple, http://www.fidh.org/Entreprises-et-Droits-de-l-Homme-Un-guide-sur-les.
[1149] V. Fiona McLEAY, « Corporate Codes of Conduct and the Human Rights Accountability of Transnational Corporations : A Small Piece of a Larger Puzzle », in Olivier DE SCHUTTER, *Transnational corporations and human rights*, Oxford / Portland, Oregon, Hart Pub., 2006, pp. 219-240.
[1150] V. *infra*, partie I.
[1151] V. Claire MARZO, « Les risques juridiques créés par les accords-cadres internationaux (opportunités / dangers / stratégies », in Marie-Ange MOREAU *Justice et mondialisation du droit*

De façon plus normative, quelles évolutions peut-on en attendre ? Faut-il contraindre les entreprises ? Et le peut-on ? Quel est le rôle des organisations internationales ? L'Europe connaît-elle des particularités ? La décentralisation de la protection des droits est-elle une bonne chose[1152] ? De nombreux auteurs ont tenté de répondre à certaines de ces questions[1153]. L'objectif de cette étude se limite à l'une d'entre elles : celle de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales.

L'intérêt de cette question réside dans un paradoxe qui réside dans la définition même de la RSE. Elle a pour objectif la contrainte de l'entreprise au respect de règles de droit social. Pourtant, son caractère volontaire rend l'idée d'une contrainte (étatique ou non) impossible. En dehors de l'État, le socle étatique ou international de valeurs communes risque de ne plus être respecté et le travailleur peut se trouver dans un état de quasi-incapacité à se défendre. L'entreprise se retrouve toute puissante. Et l'État inutile. La question de la contrainte de l'entreprise toute puissante est posée. Ce paradoxe empêche d'identifier une solution claire. On se tourne plutôt vers plusieurs stratégies de détournement des normes existantes. L'objectif est de contraindre une entreprise à respecter les engagements qu'elle a seule décidé de prendre.

L'approche choisie ici propose non plus de distinguer entre droit mou et droit dur, mais d'identifier une échelle des pratiques allant de la contrainte légale à l'invitation. Certains ont pu parler de droit matriciel[1154]. Ainsi, à la question de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales, la réponse doit être double en ce qu'on trouve une protection directe et une protection indirecte.

Plus précisément, les droits sociaux peuvent être protégés par des organisations internationales, des États, et maintenant des entreprises – on parle d'opposabilité directe. Les organisations internationales et les États peuvent à leur tour chercher à s'assurer de la protection des droits sociaux au sein des entreprises : on trouve alors une protection et une opposabilité indirecte. Parce que la RSE est à mi-chemin entre la soft law et le *jus cogens* , nous traiterons de son opposabilité directe de droit mou (I), puis de son opposabilité indirecte de droit plus ou moins dur (II).

I. Une opposabilite directe de droit mou

La RSE consiste précisément en la possibilité pour les entreprises de prendre des engagements volontaires (A) et de les mettre en œuvre (B).

---

du travail, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

1152 On pensera à la théorie de la relativité des droits de l'Homme proposée par Alain SUPIOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Le Seuil, 2007.

1153 Pour une bibliographie, v. la version longue de cet article, note 1.

1154 Le droit à un travail décent permet de donner de la force à des plus petits droits et en tout cas à des programmes. V. *infra*.

A. Des engagements volontaires

Les engagements volontaires des entreprises en matière de RSE sont de natures variées et comprennent une large gamme de droits sociaux. Il faut distinguer entre deux comportements distincts : le modèle anglo-saxon de responsabilité sociétale et le modèle continental. Ces conceptions diffèrent quant à la nature et au contenu des droits protégés[1155].

1) Des instruments variés : Des codes de conduite aux accords cadres internationaux

L'intérêt de la RSE pour les entreprises tient principalement à son caractère volontaire. Elles ont la possibilité, si elles le souhaitent, de s'engager à respecter des droits sociaux et environnementaux. On comprendrait tout à fait que cette tendance ne trouve pas d'écho et soit peu développée puisqu'elle ne repose sur aucune obligation et qu'elle pourrait conduire à des frais rendant l'objectif de performance de l'entreprise difficile à atteindre.

Pourtant, ce phénomène auparavant ponctuel et limité à certaines grandes entreprises a trouvé à se répandre conduisant à une extension de son champ d'application. Il trouve aujourd'hui à se développer par trois biais : Le premier consiste en la reproduction volontaire par de plus petites entreprises, parfois nationales : on assiste à la reproduction de modèles donnés par les plus grandes entreprises par de plus petites[1156].

Le second passe par la standardisation[1157] dont les différentes techniques conduisent les acteurs d'un secteur à se plier aux normes en usage afin de faciliter les échanges. C'est un objectif pragmatique de simplification qui conduit à l'extension des pratiques.

Enfin, le troisième mouvement tient à une ouverture de ces pratiques à des acteurs plus diversifiés. Au départ limitée aux entreprises, la RSE s'adresse maintenant aussi aux organisations non gouvernementales qui semblent prêtes à s'impliquer davantage dans la coopération avec les États et les entreprises.

Le nombre et la diversité des textes augmentent en conséquence. Il y a quelques années, les codes de conduite constituaient la majeure partie des textes de RSE. Aujourd'hui, on trouve non seulement des simples déclarations d'intentions, mais aussi des instruments de standardisation ou même des accords négociés. Par exemple, les accords cadres internationaux qui constituent

---

[1155] André HABISCH, Jan JONKER, Martina WEGNER, *Corporate social responsibility across Europe,* Berlin, Springer, 2005, p. 10.
[1156] Aurora VOICULESCU, « Human Rights under the Corporate Sphere of Influence : Socialising Economic Relationships through Corporate Social Responsibility Processes », in Bettina LANGE, *Socializing Economic Relationships: New Perspectives and Methods for Analysing Transnational Risk Regulation*, workshop, Oxford may 2010.
[1157] Ce phénomène est encore analysé par Göran AHRNE, Nils BRUNSSON, « L'organisation en dehors des organisations, ou l'organisation incomplète », *AEGIS le Libellio*, pp. 1-20, p. 4-5.

une nouvelle catégorie sont définis comme un accord entre une entreprise multinationale et une fédération syndicale internationale ayant pour objet les activités internationales de cette entreprise[1158]. Plusieurs classifications ont été proposées. On peut, par exemple, distinguer entre des codes internes[1159] et des codes externes créés soit dans des instances multinationales (Nations Unies, Organisation internationale du travail), soit par un gouvernement ou une organisation non gouvernementale[1160]. Le niveau de complexité augmente, mais les objectifs de ces codes sont souvent les mêmes : ils cherchent à assurer une certaine protection des droits sociaux.

2) La protection des droits sociaux

Les droits protégés sont généralement des droits sociaux. Ils sont pourtant de différents ordres. On trouve aussi bien des droits procéduraux de citoyenneté industrielle au sens de Marshall – tels que le droit de s'organiser au sein de l'entreprise pour protéger ses droits sociaux, le dialogue social en Europe, la négociation collective dans chaque État, le dialogue avec les fédérations internationales de représentation des travailleurs dans quelques cas de droit international – que des droits matériels comme la reconnaissance des droits sociaux, le droit à la sécurité sociale, le droit au *welfare*, le droit au logement, à la santé ou à la sécurité[1161].

De nombreux codes de conduites et accords font référence aux normes de l'Organisation internationale du travail (OIT)[1162], parfois à sa déclaration de 1998 et à ses quatre droits fondamentaux – la prohibition du travail forcé, du travail des enfants, de la discrimination et la reconnaissance de la liberté d'association[1163]. D'autres droits se retrouvent aussi : des clauses concernent le respect par les collaborateurs des lois et règlements (boycott, concurrence, etc.), les conflits d'intérêts, la corruption, etc[1164].

Ces droits mettent directement en œuvre les droits sociaux fondamentaux identifiés au niveau international. L'entreprise garantit les droits fondamentaux bien qu'elle ne soit pas liée par les textes internationaux. Cette

---

[1158] http://www.icftu.org/displaydocument.asp?Index=991216332&Language=EN et Renée-Claude DROUIN, *International framework agreements: a study in transnational framework agreements: a study in transnational labour regulation*, thèse, Montréal, p. 1.

[1159] Par exemple le code de General Electric dans les années 80 suivie ou celui de Levi-Strauss en 1991 créé sous la pression publique.

[1160] Bernard TEYSSIE, « La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe », *Droit Social*, 1er novembre 2005, n° 11, pp. 982 -990.

[1161] Rapport à la Commission européenne, La responsabilité sociale des entreprises et la sécurité et la santé au travail, Luxembourg, OPOCE, 2006.

[1162] OCDE, http://www.oecd.org/document/12/0,3343,en_2649_34135_35532108_1_1_1_1,00.html (consulté le 26 novembre 2009).

[1163] Peter WILKE, Kim SCHÜTZE, *Background Paper on International Framework Agreements for a meeting of the Restructuring Forum devoted to transnational agreements at company level,* Hamburg, 2 juin 2008, p. 8. V. également Julien BURDA, *supra*.

[1164] Paul-Henri ANTONMATTEI, Philippe VIVIEN, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives ?* Rapport au gouvernement, Collection Des rapports officiels, janvier 2007, La documentation française.

protection concurrente de celle de l'État a pu amener à se poser la question de l'éventuelle déconstruction du droit social. En d'autres termes, le recours à des droits fondamentaux peu protégés et non mis en œuvre juridiquement pourrait conduire à écarter le droit du travail des États, dit droit dur, dans lesquels l'entreprise est installée et desquels elle risquerait de partir. Mais cette question revient à celle de l'impact du droit dur sur le droit mou, ou en d'autres termes, à celle de l'effectivité du droit mou. C'est justement ce qui est remarquable : la RSE connaît une mise en œuvre relativement efficace.

B. Une mise en œuvre de droit mou relativement efficace

Le fait que les entreprises pratiquant une politique de RSE cherchent à éviter au maximum les tribunaux ne les empêche de prévoir à la fois des mécanismes de mise en œuvre des codes et de règlements des différends en cas de litige.

1) Des procédures de mise en œuvre

Plusieurs codes de conduite instaurent une mise en œuvre des dispositions protégées[1165]. Par exemple, certains codes prévoient une procédure de monitoring : la mise en œuvre ne se limite pas à l'affichage de panneaux sur les lieux de travail, mais donne un rôle avéré aux syndicats nationaux et locaux. On assiste à un processus de dissémination des règles par le biais des partenaires sociaux. Ils prennent un rendez-vous annuel afin de s'assurer de la bonne mise en œuvre de l'accord. Une logique procédurale fondée sur des modes de représentation dans des comités paritaires locaux relève de cette méthode[1166]. Les dispositions peuvent être très précises et très innovantes.

Il est alors intéressant de se pencher sur l'articulation entre les dispositions du code et le droit des États dans lesquels l'accord trouve à s'appliquer. Le plus souvent, une mise en œuvre ne sera pas nécessaire parce que le code sera valide du fait de l'engagement unilatéral de l'employeur. Parfois, au contraire, il donne lieu à des obligations contractuelles[1167]. Enfin, il peut arriver que les comités paritaires se voient confier la charge de la corrélation.

Cependant, parce que le pouvoir de contrôle des comités n'est pas certain, l'accord risque d'être privé de toute réalité. Afin d'éviter cette inefficacité, il doit être directement applicable dans le pays ou transposé par les syndicats du

---

[1165] Jean-François RENUCCI, « Dialogue social et négociation collective à l'échelle communautaire. Constat : les temps européens ne sont pas les temps des entreprises », *Droit social*, 2008, n° 1, pp. 52 -56.
[1166] Exemple de Arcelor, accord santé, Marie-Ange MOREAU, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe Arcelor Mittal », *Droit social*, 2009, n° 1, pp. 93-102.
[1167] V. notamment Charles NEAU-LEDUC, « La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques? », *Droit social*, n° 11, 2006, pp. 952-958.

pays[1168]. Ensuite, une procédure doit permettre de s'assurer de sa mise en œuvre. Plusieurs techniques, plus ou moins précises, ont vu le jour. L'accord peut premièrement contenir des dispositions vagues en matière de procédure. Se pose alors la question de savoir s'il aura un effet obligatoire ou volontaire. Par exemple, l'accord de Rhodia et la Charte sociale de Suez ne contiennent aucune disposition concernant les procédures de mise en œuvre. Il peut ensuite être prévu que le management local sera seul en charge de la mise en œuvre[1169]. La mise en œuvre peut, en troisième lieu, être conjointe, alors entre les mains du management local et des représentants des salariés sans qu'aucune autre précision ne soit donnée[1170]. D'autres accords sont encore mis en œuvre par le biais d'une négociation collective[1171]. Enfin, de nombreux accords précisent qu'ils doivent être mis en œuvre dans les différentes branches de l'entreprise[1172]. Selon Renée-Claude Drouin, une autre classification partage les différents mécanismes entre procédures de mise en œuvre inspirées de techniques managériales, mécanismes paritaires de suivi et procédures de plainte en cas de violation des engagements de l'entreprise. Toujours est-il qu'il en ressort une impression de décentralisation de la décision. Celle-ci est à double tranchant : elle permet une plus grande adaptation de l'accord à la situation locale, mais cette flexibilité peut aussi être son point faible. C'est donc une image nuancée qui ressort de ce panorama. La mise en œuvre des obligations procédurales reste très variable[1173].

2) Des mécanismes de règlement des différends

Les systèmes de règlement des différends présentent aussi un intérêt considérable : ils permettent d'éviter le juge extérieur tout en tentant de trouver une solution au litige et en alertant la hiérarchie de l'entreprise d'un non-respect. Bien que plusieurs codes n'en contiennent pas, il semble que la tendance soit aujourd'hui à une multiplication de ce genre de clauses. De plus en plus, les codes contiennent des techniques de médiation, de résolution du litige qui sont des techniques non judiciaires. Il est intéressant de remarquer que le juge est totalement absent de ce catalogue.

Une voie plus novatrice et directement rattachée aux accords-cadres internationaux tient à l'internalisation des conflits. L'organisation du règlement des conflits en interne peut être plus ou moins construite. Elle est parfois utilisée dans les entreprises n'ayant leur activité que sur un territoire, mais elle présente un intérêt particulier dans les situations transnationales. Ont été

[1168] C'est le cas de l'accord de Total Platform de 2004. V. Mélanie SCHMIDT, *Restructuring and anticipation dimension of existing transnational agreements, Analysis and overview table*, rapport pour la Commission européenne, Mai 2008.
[1169] V. les accords Arcelor, EADS 2005, Generali.
[1170] V. l'accord Renault.
[1171] V. les accords PSA et EDF.
[1172] V. les accords Generali, Suez 1998, Danone 1992 et Lukoil.
[1173] Laura R. PRICE, « International Framework Agreements : A Collaborative Paradigm for Labor Relations », in Olivier de SCHUTTER, *Transnational corporations and human rights*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub., 2006, pp. 241-260.

recensées à ce jour cinq hypothèses d'internalisation des conflits par les entreprises multinationales. Elles ont vocation à prévenir un procès par le règlement d'un différend au sein de l'entreprise. La procédure instituée peut avoir plusieurs volets. Elle consiste, dans tout les cas, au minimum, en l'octroi d'un droit reconnu à tout salarié d'informer l'entreprise de tout comportement violant l'accord[1174]. Lors de l'identification d'un litige, celui-ci sera pris en charge par des membres désignés au sein de l'entreprise. Les représentants du comité d'entreprise européen signataire peuvent être chargés, en collaboration avec le management de régler les plaintes[1175]. Il peut encore s'agir d'un comité global ou « joint global committee ». Cette hypothèse est généralement préférée lorsque des syndicats internationaux ou des fédérations européennes sont signataires. Elles sont alors chargées du règlement des différends en collaboration avec le management. Un troisième volet procédural consiste en la mise en place d'un panel d'experts indépendants. Ces organismes *ad hoc* regroupent généralement, encore une fois, les syndicats et le management[1176]. Il peut aussi être fait appel à des organisations non gouvernementales. On assiste alors au passage d'un dialogue social bilatéral à un dialogue civil trilatéral ou trialogue[1177]. Enfin, la dernière solution tient à l'établissement d'un comité paritaire. On pourrait imaginer dans le meilleur des cas une participation d'une organisation internationale. Par exemple, l'Organisation internationale du travail pourrait nommer un responsable chargé de trancher les conflits. Sa dimension institutionnelle lui donnerait une véritable légitimité. Cette dernière hypothèse n'a cependant jamais vu le jour. Dans tous les cas, l'intérêt de ces procédures relève d'une implication directe des partenaires sociaux. Elle permet l'appropriation collective des procédures et des règles de l'accord-cadre. Le management de l'entreprise s'assure ainsi de l'évitement d'une justice nationale ou arbitrale. Dans le même temps, les plaintes des salariés sont reconnues et donnent lieu à un traitement procédural interne. Il faut néanmoins relativiser l'apport de ces mécanismes. Si la présence des syndicats est de nature à garantir une protection des travailleurs, on peut cependant craindre que ces acteurs aient un rôle moins affirmé que le management et un poids inégal. Les sorties de conflits peuvent cependant être le fruit de négociations et de compromis, négociés à un niveau plus central que le litige originel souvent local[1178]. Ce déplacement géographique peut être particulièrement important lorsqu'il s'agit de garantir des droits fondamentaux. Les procédures internes ne permettent cependant pas toujours d'engager l'entreprise sur le terrain d'une entière « responsabilité sociale ». La saisine du juge entraîne nécessairement le risque d'une interprétation des termes de l'accord.

[1174] V. les accords Renault.
[1175] V. les accords EADS, Generali, Suez en 2007 et Total en 2004.
[1176] V. les accords Ford 2000, Danone 2001.
[1177] Israel DE JESUS BUTLER, « Non-governmental Organisations Participation in the EU Law-Making Process, the Example of Social Non-Governmental Organisations in the Commission, Parliament and Council », 2008, 14, *European Law Journal*, 5, p. 558 et s.
[1178] V. Renée-Claude DROUIN, International framework agreements : a study in transnational framework agreements: a study in transnational labour regulation, thèse, Montréal, p. 1.

En cas d'épuisement des procédures au sein de l'entreprise, afin d'éviter encore le juge, il est souvent proposé de recourir à l'arbitrage. Au lieu des clauses attributives de juridictions, on trouve alors des clauses d'arbitrage tendant à soustraire un litige actuel (compromis) ou éventuel (clause compromissoire) aux juridictions étatiques pour les confier à un tribunal arbitral. Les parties dérogent ainsi aux règles de compétence judiciaire internationale. La clause est appréciée de façon autonome par rapport au contrat international dans lequel elle est stipulée et est valable en soi sans qu'il y ait lieu de rechercher au préalable la loi applicable[1179]. La clause d'arbitrage peut aussi renvoyer à des modes de règlement para-juridictionnels[1180].

Si les entreprises semblent de plus en plus résolues à s'engager sur le terrain de la RSE, il est intéressant de constater que les autorités publiques nationales et internationales les regardent d'un œil suspicieux. Parce que ces pratiques ne trouvent pas nécessairement de mise en œuvre efficace et surtout parce qu'aucun tiers n'est chargé de s'assurer de ses bons résultats, les États restent méfiants. Ils cherchent à prendre part au jeu en proposant des encadrements de la RSE. Ils essaient avec difficulté d'instaurer un système d'opposabilité indirecte des droits sociaux.

II. Une opposabilite indirecte de droit dur

L'intérêt des États et des organisations internationales pour l'encadrement des pratiques de responsabilité sociale des entreprises a grandi à mesure que celle-ci trouvait sa place dans les entreprises elles-mêmes. La question se pose de s'assurer de l'effectivité de ces pratiques[1181]. Parce que l'entreprise est juge et partie lors de litiges avec ses salariés, les acteurs nationaux et internationaux ont voulu interposer un arbitre extérieur, un tiers et poser des limites. C'est une protection indirecte qui est proposée aux salariés des entreprises multinationales, mais une protection qui devrait être plus efficace parce que de droit dur. Deux techniques se sont répandues : d'un côté, certains États et juges nationaux ont cherché à appliquer leur droit national existant, voire à le détourner pour prendre en compte la RSE (A). De l'autre, plusieurs organisations internationales ont cherché à établir des modèles d'encadrement de ces pratiques (B).

[1179] Yvon LOUSSOUAM, Pierre BOUREL, Pascal DE VAREILLERS-SOMMIERES, *Droit international privé,* 8ème édition, Droit Privé, Précis, Dalloz, Paris, 2004, p. 61 et s., spéc. p. 614.

[1180] On pense par exemple aux aides aux résolutions de litiges de l'OIT. Ils ne seront pas pris en compte dans cette étude.

[1181] Isabelle DESBARATS, « L'entreprise à l'épreuve du développement durable : complexité et ambiguïté du concept de RSE », *Revue juridique de l'environnement,* 01/01/2007, pp. 175 -190.

A. Le rôle de l'État : Des stratégies d'application ou de détournement des normes existantes

Si certains États comme la France ont créé de nouveaux instruments juridiques pour prendre en compte la RSE tels que la loi sur les nouvelles régulations[1182] ou un devoir posé aux travailleurs d'alerter la hiérarchie en cas d'atteinte aux libertés publiques des salariés[1183], la plupart d'entre eux ont simplement cherché à appliquer le cadre de droit dur existant. C'est ainsi le juge qui s'est vu donné un rôle de création et de renouvellement des normes afin de les appliquer à des situations auparavant inconcevables. Il intervient lorsqu'un litige est porté à son attention dans le pays d'origine de l'entreprise ou encore dans celui où elle est installée. Si le juge se reconnaît compétent, la question est alors posée de la responsabilité de l'entreprise. Elle peut être pénale, civile ou contractuelle. Si les exemples ne sont pas nombreux, ils présentent l'intérêt de montrer les différentes techniques d'appréhension par le droit dur des pratiques de droit mou.

1) Responsabilité pénale

Les affaires *Total* et *Unocal* ont eu un écho important en Belgique, en France et aux États Unis. En Belgique, la plainte se fonde sur la loi belge du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves au droit international humanitaire telle qu'amendée par la loi du 10 février 1999. Cette loi, dite de compétence universelle, dispose que les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues « indépendamment du lieu où elles ont été commises »[1184] pour poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité commis même à l'étranger. Une procédure complexe a cependant conduit au dessaisissement des juges.

En France, une plainte à été déposée le 9 octobre 2002 sur le fondement des articles 113-2 et 113-6 du code pénal. Ces articles étendent l'application de la loi pénale française aux infractions commises sur le territoire de la République », et ce y compris « dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ». L'article 113-6 dispose que la loi pénale française « est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ». Elle a cependant donné lieu à une ordonnance de non-lieu prononcée le 22 juin 2006.

[1182] Loi 2001-420 du 15 mai 2001.
[1183] Paul-Henri ANTONMATTEI, Philippe VIVIEN, Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives ? Rapport au gouvernement, 2007, la documentation française.
[1184] Olivier de SCHUTTER « Les affaires *Total* et *Unocal*, Complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'Homme », *Annuaire français de droit international LII*, Paris, CNRS Éditions, 2006, p. 61 et s.

Aux États-Unis, le juge s'est appuyé sur l'*Alien tort act*[1185]. Cette loi permet aussi aux étrangers de venir devant ce fort fédéral avec une action en tort (de droit civil et non pas de droit pénal) pour faire une demande de réparation civile en cas de violation du droit des gens[1186]. Elle était originellement peu appliquée et surtout dans des cas de piraterie. Elle a été ressuscitée en 1980 pour offrir un fort à des personnes étrangères, victimes de torture et plus récemment contre une entreprise privée. Un grand nombre de recours ont été déposés et ce dans deux domaines : la protection de l'environnement et la violation de normes sociales. On trouve par exemple un contentieux mené par des travailleurs sur une plantation au Libéria[1187]. Ils faisaient valoir qu'ils étaient victimes d'esclavage du fait de leurs mauvaises conditions de travail. Si leur plainte n'a pas abouti, il semble néanmoins que les recours sur ce fondement se multiplient.

La technique proposée dans ces différentes affaires consiste d'abord à sortir du ressort juridictionnel du pays et à trouver un fort étranger prêt à accueillir la requête. Il faut ensuite qu'un droit différent de celui du pays du dommage soit appliqué. Les conditions sont nombreuses et difficiles à remplir. Il faut encore noter que ces recours sont fondés sur des droits de l'Homme et non pas sur des droits sociaux ou encore moins sur des droits du travail. Une approche générale pourrait conduire à considérer que l'interdiction de l'esclavage ou encore le droit à la dignité conduit à protéger les droits sociaux des personnes[1188], mais cette interprétation n'a pas été confirmée et même ces affaires donnent le plus souvent lieu à des jugements nuancés ou encore à des non-lieux.

2) Responsabilité civile[1189]

Un engagement unilatéral, une règle coutumière ou un accord collectif ont pu constituer les fondements d'obligations posées par un accord-cadre à une entreprise multinationale.

En droit civil comme en droit de la *Common law*, un engagement unilatéral ou un *gentleman agreement* peut créer des obligations justiciables. Dans ce cas, une entreprise serait sanctionnée si elle s'engage à respecter certains standards de l'accord pour ensuite ne pas s'y tenir. Cette hypothèse a

---

1185 *Ibid*, p. 61.

1186 V. Horatia MUIRWATT, « La compétence universelle et son incidence sur les droits sociaux fondamentaux », *in* Marie-Ange MOREAU, *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

1187 V. http://www.stopfirestone.org/2005/12/alien-tort-claims-act-socialfunds/.

1188 Claire MARZO, « Controverses doctrinales quant à la protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme », *Cahiers de droit européen*, juin 2010, n°1/2, à paraître ; v. aussi Diane ROMAN, « les droits civils au renfort des droits sociaux… », *supra*.

1189 Il peut sembler étrange de distinguer entre responsabilité civile et responsabilité contractuelle puisque la première inclut la seconde, mais le passage par les solutions anglo-saxones invite à distinguer entre deux procédés distincts. La responsabilité délictuelle n'est pas mentionnée ici parce qu'elle ne trouve pas d'application concrète.

trouvé à s'appliquer dans l'affaire *Kasky contre Nike*[1190]. En l'espèce, une déclaration unilatérale a été considérée comme liant son auteur par une technique de droit commercial tenant à la publicité mensongère. Les parties ont allégué un vice dans le consentement du contrat. Cette notion, utilisée en droit de la consommation[1191], présente l'inconvénient de transposer le contentieux du droit social au droit de la consommation. En effet, le requérant n'est non plus le travailleur, mais le consommateur.

C'est encore ce fondement qui a conduit la Cour de Cassation espagnole dans un arrêt *Banco de Espana* du 7 mars 2007 à juger que le code de conduite qui obligeait les travailleurs à faire un bilan sur leurs valeurs personnelles dans un objectif de lutte contre la corruption devait respecter les droits fondamentaux des travailleurs[1192]. Plus précisément, il a été dit que le code de conduite relève du pouvoir de direction de l'employeur, qu'il n'a pas à être négocié avec l'organisation syndicale s'il n'existe pas une obligation légale de négocier, mais que ce code doit respecter les droits fondamentaux des travailleurs. Il a enfin été précisé que le non-respect d'un code de conduite, bien qu'il soit un instrument unilatéral, peut engendrer des sanctions disciplinaires conformément au statut des travailleurs.

3) Responsabilité contractuelle

Une « contractualisation de l'éthique » trouve aussi sa place dans les mécanismes d'encadrement de la RSE. La contractualisation qui passe par les contrats commerciaux conclus par l'entreprise et ses cocontractants ou encore la simple qualification de contrat par le juge saisi d'une affaire de non-respect d'un code de conduite.

C'est cette construction juridique qui a été au fondement de l'affaire *Wal Mart* aux États-Unis et en Allemagne[1193]. Cette valeur impérative a permis à des travailleurs chinois, bengali, indonésiens et nicaraguayens d'attaquer, le 13 septembre 2005, l'entreprise multinationale Wal-Mart devant la Cour de Los Angeles aux États-Unis en alléguant que cette entreprise n'avait pas respecté les obligations posées par son code de conduite envers les salariés des entreprises sous-traitantes. La question se posait de savoir si ce code pouvait être considéré comme un contrat[1194]. Wal-Mart avait en effet obligé ses sous-

---

[1190] Etats Unis, US. Supreme Court, 3 april 2002, *Marc Kasky v. Nike*, Inc., 02 C.D.O.S. 3790, N° S087859.

[1191] V. André SOBCZAK, "Legal dimensions of International framework agreements in the field of corporate social responsibility", *Relations Industrielles/Industrial Relations*, 2007, 62(3), 466-491, p. 477.

[1192] Espagne, Corte Suprema de Justicia, 7 mars 2007, *Banco de Espana*, caso Sentencia nº 27595.

[1193] Etats Unis, US. District Court for the Central District of California, 30 mars 2007, *Jane Doe I, et al., v. Wal-Mart Stores, Inc.*, Case NO. CV 05-7307 AG (MANx) ; Commentaire : Cynthia ESTLUND, « Something Old, Something New: Governing The Workplace By Contract Again », (Winter *2007) 28 Comparative Labor Law & Policy Journal,* p. 351 et s.

[1194] Ken K. KENNY, « Code or Contract: Whether Wal-Mart's Code of Conduct Creates a Contractual Obligation Between Wal-Mart and the Employees of its Foreign Suppliers », *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2007, n° 27, p. 453.

traitants à signer ce code de conduite, mais aussi à l'afficher dans la langue du pays dans tous les centres de production. Les requérants soutenaient que Wal-Mart avait en retour une obligation de s'assurer que les conditions de travail satisfaisaient à ce code. Malgré l'intérêt qu'avait suscité ce recours, la solution apportée par le juge a été limitée puisqu'elle s'est traduite par un non-lieu. Il faut donc en conclure que le code n'a pas la même valeur qu'un contrat.

Au-delà des tentatives nationales limitées à un territoire défini, plusieurs organisations internationales ont tenté de rendre la protection des droits sociaux dans le cadre de la RSE plus efficace.

B. Le rôle des organisations internationales

Le rôle des organisations internationales est très limité. L'aveu d'impuissance du bureau international du travail (BIT) est, à ce titre, « glacial »[1195]. Plusieurs raisons se superposent : les difficultés de mise en œuvre (« *enforcement* ») du droit international, le passage nécessaire par les États, l'impossible reconnaissance de la personnalité juridique de l'entreprise en droit international… Elles conduisent à un manque de réactivité de la communauté internationale face aux dangers et aux abus identifiés en matière de RSE.

Les organisations internationales, en attendant une proposition mondiale[1196], ont pourtant parfois trouvé à s'organiser. On a pu identifier deux tendances : elles peuvent d'abord proposer un texte encadrant les pratiques de la RSE ou servant de modèles aux entreprises souhaitant s'inscrire dans ces procédés. Elles peuvent ensuite participer à la « juridicisation » de la responsabilité sociale.

1) Vers la construction d'un cadre : Des textes d'encadrement des pratiques de la RSE

Parce que le droit international public est applicable[1197], il faut d'abord penser aux textes classiques de protection des droits sociaux. Par exemple, les conventions de l'OIT ont pu donner lieu à des jugements en faveur de la protection des droits de l'Homme[1198]. Mais, sa portée restreinte a conduit plusieurs organisations internationales à se tourner vers d'autres types de textes.

Le principal problème posé à tous les garants du droit dur national ou international est celui de l'intérêt et de l'adéquation d'un texte encadrant la

---

[1195] Disponible sur http://www.iso.org/iso/fr/pressrelease.htm?refid=Ref1299. V. aussi Clotilde DE GASTINES, « ISO 26 000 : quand la RSE se veut norme », *Métis, 3 Mai 2010,* http://metiseurope.eu/iso-26-000-quand-la-rse-se-veut-norme_fr_70_art_28780.html.
[1196] Manifeste disponible sur http://www.globaleconomicethic.org/02-manifesto-01.php.
[1197] Olivier de SCHUTTER, *L'incrimination universelle de la violation des droits sociaux fondamentaux,* Cellule de recherhe interdisiplinaire en droits de l'Homme, CRIDHO Working Paper 2005/05.
[1198] CEDH, 26 juillet 2005, *Silladin c. France*, Requête n° 73316/01 (esclavage moderne).

RSE. Plusieurs options théoriques sont disponibles : d'abord, la loi peut proposer un cadre obligatoire ou un modèle. Elle peut ensuite poser des obligations matérielles ou procédurales telle que la constitution d'un organe[1199] ou encore une obligation d'information quant aux pratiques de RSE de l'entreprise. La standardisation est encore une option. Enfin, la coordination complète d'un secteur a aussi été envisagée.

Ces différentes possibilités permettent à un éventail de mesures de voir le jour. De nombreux modèles ont connu un certain essor. En premier lieu, la déclaration de 1998 de l'OIT et les principes directeurs de l'OCDE ont acquis une renommée mondiale. La Déclaration de 1998 de l'OIT a été souvent reprise[1200]. Sa nouvelle approche relative au travail décent semble porter ses fruits[1201].

De nombreuses procédures de standardisation remportent aussi un grand succès. Ont été imaginées des normes sur les responsabilités des entreprises transnationales et autres entreprises quant aux droits de l'Homme[1202]. Le développement des standards dans ce domaine, comme le *Global Compact* des Nations Unies, la *Global Reporting Initiative*, SA 8000, ISO 14001 et bientôt sans doute ISO 26000, poussent de plus en plus à une certaine convergence des pratiques, renforcée encore par l'action des cabinets de conseil et d'audit, des agences de notation extra-financière et de certaines écoles de management[1203].

L'institution d'obligations trouve un accueil plus mitigé. Par exemple, au sein de l'Union européenne, l'idée a été émise que la RSE n'est pas incompatible avec un cadre juridique. Plusieurs propositions ont stimulé l'intérêt des entreprises[1204]. Mais, aucune législation n'a vu le jour. Le principal problème tient à ce que les entreprises et les autorités communautaires ne réussissent pas à définir la RSE et à lui donner un contenu précis[1205]. Certains souhaitaient utiliser une directive sur le RSE comme un standard minimal fixant ce que les entreprises européennes devraient s'engager à offrir en matière de droits sociaux et environnementaux. D'autres envisagent une loi sur le *reporting* social et environnemental. L'exemple de la loi NRE française qui oblige les entreprises cotées en bourse à inclure des informations sociales et environnementales dans leur rapport annuel de gestion montre qu'un cadre juridique peut contribuer à

1199 On pensera à l'exemple du comité d'entreprise européen qui, sous l'apparence d'une règle obligatoire, ne propose qu'un mode d'emploi de création du comité qui ne doit pas nécessairement être suivi. V. Directive 2009/38/CE.

1200 V. *supra*, I.

1201 V. http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Mainpillars/WhatisDecentWork/lang--fr/index.htm.

1202 ONU, CoDESC, « On the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights », 13 aout 2003.

1203 André SOBCZAK, « Pour une définition de la RSE à la hauteur des enjeux ! », *Métis*, 16 Avril 2010, http://www.metiseurope.eu/pour-une-definition-de-la-rse-a-la-hauteur-des-enjeux_fr_70_art_28765.html

1204 COM(2002) 347 final.

1205 Régine BARTH, Franzisca WOLFF, Corporate social responsibility in Europe: rhetoric and realities, Cheltenham, Edward Elgar, 2009.

stimuler les initiatives dans ce domaine, sans pour autant interdire l'innovation[1206]. Il semble pourtant aujourd'hui que ce projet n'ait pas été généralisé.

Une dernière proposition est celle de la coordination complète du droit d'un secteur. Il présente l'intérêt d'annihiler la possibilité d'une entreprise multinationale de se déplacer pour jouer des différents droits nationaux, il rend le mouvement d'une entreprise plus facile et il permet une meilleure application des règles et un meilleur contrôle de celle-ci. Un exemple a pu être apporté par le secteur maritime[1207]. Mais, il pourrait difficilement être reproduit dans d'autres secteurs du fait de l'absence d'un besoin latent de coordination.

Face aux limites de l'encadrement textuel, l'encadrement juridictionnel semble une alternative intéressante.

2) Vers une participation juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle des organisations internationales

Au-delà d'une participation réglementaire, les organisations internationales ont tenté d'intervenir d'une façon juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle. On trouve ainsi une gradation de pratiques des moins aux plus juridictionnelles.

Les procédures les moins juridictionnelles sont entre les mains de l'OIT et de l'OCDE. Les principes directeurs de l'OCDE mettent en place leurs propres systèmes de résolution des litiges tels que des points de contact nationaux[1208]. Le point est actionné là où le dommage nait ou là où il risque de naître ou sur territoire du siège social de l'entreprise mère. Cette procédure évite un blocage par le passage par le pays du litige.

En ce qui concerne la mise en œuvre de la déclaration de 1998, le BIT se limite aujourd'hui à commander des rapports, mais qui n'emportent pas de conséquences. Les techniques sanctionnatrices douces et le suivi propre de la déclaration de l'OIT consistant en une assistance technique ont un impact limité en termes de droit dur, mais c'est peut-être aussi sont intérêt[1209]. L'idée d'une participation accrue de l'OIT comme dernier niveau de recours en cas de différend entre une entreprise et ses employeurs a aussi été mentionnée[1210]. Elle présenterait un intérêt considérable dans la mesure où le BIT est une organisation fondée sur le triptyque États/ salariés/ employeurs. Sa

---

[1206] Ibid.
[1207] Alexandre CHARBONNEAU, « L'originalité du secteur maritime : interventions judiciaires, règlements alternatifs de conflits et action syndicale internationale » *in* Marie Ange MOREAU, *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.
[1208] V. http://www.oecd.org/document/3/0,3343,fr_2649_34889_1933123_1_1_1_1,00.html.
[1209] V. *supra*, Julien BURDA.
[1210] Marie-Ange MOREAU, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe Arcelor Mittal », *Droit social*, 2009, n°1, pp. 93-102.

représentation par tiers lui permettrait d'être un organe de recours privilégié. Mais, la pratique est encore loin de cette avancée.

Plus juridictionnelles sont les pratiques de l'OMC[1211] ou des Nations Unies. La résolution du Conseil de sécurité 1499 (2003) sur la situation du Congo ou les sanctions économiques des Nations Unies contre des entreprises dans des cas sud-américains et de Rhodésie du Sud sont des exemples intéressants en matière de droits de l'Homme[1212]. La question se pose néanmoins de savoir s'ils pourraient être transposés aux droits sociaux fondamentaux.

Au niveau européen, l'idée d'une compétence universelle en matière civile a été suggérée. Un avant-projet de Convention à La Haye n'a pas abouti[1213]. Une proposition d'octobre 2008 évoque l'augmentation du champ d'application de la convention de Bruxelles I[1214] au-delà des litiges européens. L'idée est que les règles de compétence internationale de chaque État doivent disparaître et que des dérogations doivent permettre d'attraire des situations particulières, par exemple si les exigences du procès équitable le requièrent. Cette approche permettrait de sanctionner les violations en matière de droits fondamentaux et une meilleure protection en substance des exigences des droits de l'Homme.

Il faut cependant s'interroger sur l'intérêt d'une juridicisation des pratiques de droit mou. Beaucoup ont remarqué que ce durcissement irait à l'encontre de la nature même de la RSE fondée sur son caractère volontaire[1215]. C'est sur ce croisement paradoxal que le juriste bute aujourd'hui.

Conclusion

En conclusion, cette étude a été l'occasion de peindre à gros traits le rôle des entreprises, des États et des organisations internationales dans la protection des droits sociaux en matière de RSE. Protection efficace ? La question reste en suspens. S'il apparaît clairement que la RSE se répand inéluctablement, que les entreprises, même de moindre importance, sont directement influencées par ces mécanismes, s'il est désormais admis par toutes les organisations et de nombreux pays que la RSE est à prendre en compte, voire à encadrer, on ne sait toujours pas quelle portée celle-ci peut avoir.

[1211] Fabrizio FRANCIONI, « Four ways of enforcing the international responsibility for human rights violations by multinational corporations », in Marie-Ange MOREAU, Fabrizio FRANCIONI (dir.), *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale de l'entreprise*, coll. B. Goldman, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, pp. 151-171.

[1212] John A. ZERK, Multinationals and corporate social responsibility: limitations and opportunities in international law, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2006.

[1213] Etienne PATAUT, « Les règles de compétences juridictionnelles en Europe et le rôle du juge à l'épreuve des violations des droits sociaux », in Marie-Ange Moreau, *Justice et mondialisation du droit du travail*, Conférence organisée en collaboration par l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'IUE, à paraître 2010.

[1214] Devenu le règlement européen 44/2001.

[1215] Bettina LANGE, Socializing Economic Relationships : New Perspectives and Methods for Analysing Transnational Risk Regulation, Centre for Socio-Legal Studies, Conférence 15-16 April 2010, Oxford.

Sa principale caractéristique de *soft law* ou droit mou lui appose un sceau de non-droit qu'il est difficile de dépasser. Les mécanismes de droit dur qu'on a tenté de lui superposer se révèlent souvent de faible efficacité du fait de leur inadéquation originelle.

Se pose alors la question de sortir de cette échelle d'analyse allant du droit dur au droit mou. Peut-on imaginer une nouvelle façon de conceptualiser la règle molle sans se référer à la sanction et au juge ? Par exemple, l'impossibilité d'établir de frontière tangible entre le non droit et le droit, l'observation de la procéduralisation du droit du travail au plan mondial, ou encore le constat que l'action et le conflit précèdent le droit ou la norme dévoilent des changements d'approche. Le fait que juge devienne progressivement secondaire amène à sortir de la logique classique, fondée sur la crainte de la sanction judiciaire. Autre exemple, la multiplication des textes de référence en matière de droits sociaux fondamentaux donne une très grande flexibilité aux garants de la loi. Ce constat conduit encore à remettre en question l'application juste et uniforme du droit. Sans apporter une véritable réponse pour le moment, il faut comprendre la responsabilité sociale de l'entreprise comme un sujet nouveau, pluridisciplinaire qui appelle des analyses en matière de droit national et international, de protection des travailleurs, peut-être d'organisation incomplète[1216] ou encore de théorie de la régulation dans une perspective de la firme construite sur les fondements de l'analyse économique du droit, à partir de la *corporate governance*. Un détour par les politiques économiques[1217] ou les techniques managériales[1218] ou la sociologie pourrait se révéler utiles. Il s'agirait alors de repenser les systèmes de décision au sein des entreprises[1219].

Pour citer cet article

Claire Marzo, « La responsabilité sociale des entreprises. A mi-chemin entre la *soft law* et le *jus cogens* : la question de l'effectivité de la protection des droits sociaux par les entreprises multinationales», *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012
http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/la-responsabilitc3a9-sociale-des-entreprises5.pdf

---

[1216] Göran AHRNE, Nils BRUNSSON, N., « L'organisation en dehors des organisations, ou l'organisation incomplète », *AEGIS le Libellio*, pp. 1-20, p. 2.
[1217] Markus KITZMUELLER, Economics and corporate social responsibility, thèse, Florence, EUI, 2008.
[1218] Jan JONKER, Maria DE WITTE, *Management models for corporate social responsibility*, Berlin, New York, Springer, 2006.
[1219] David VOGEL, The market for virtue: the potential and limits of corporate social responsibility, Washington, Brookings Institution Press, 2005.

CHAPITRE 3
LA JUSTICIABILITE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE PARENTS ET ALLIES : QUELS ENSEIGNEMENTS POUR LA JUSTICIABILITE DES DROITS SOCIAUX ?

MARC PICHARD

« Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin »[1220] ; « les gendres et les belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère »[1221] ; « les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques »[1222]. A lire le Code civil, les secours en cas de besoin sont à attendre non pas de la collectivité mais de la famille ou, plus précisément, des parents et alliés[1223]. Et l'impression sort renforcée de la consultation d'autres sources. L'article L. 132-6 du Code de l'action sociale et des familles ne dispose-t-il pas que « les personnes tenues à l'obligation alimentaire instituée par les articles 205 et suivants du code civil sont, à l'occasion de toute demande d'aide sociale, invitées à indiquer l'aide qu'elles peuvent allouer aux postulants et à apporter, le cas échéant, la preuve de leur impossibilité de couvrir la totalité des frais », illustrant de la sorte le principe traditionnel de subsidiarité de l'aide de la collectivité par rapport à l'aide familiale ?[1224]

Or, au premier abord, cette origine en principe familiale des aliments semble éloigner la question du thème des droits sociaux[1225]. On a en effet du mal à concevoir que l'obligation alimentaire entre parents et alliés puisse être un vecteur de la justice *sociale*. Parfois, l'effet pourrait même être contraire. Car il n'est certes pas rare que les parents et alliés du pauvre soient pauvres, les parents et alliés du riche, riches. Or la mesure de l'obligation est le rapport

---

[1220] C. civ., art. 205.
[1221] C. civ., art. 206, qui précise : « mais cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés ».
[1222] C. civ., art. 207, al. 1er.
[1223] Le droit civil raisonne bien plus en termes de liens interindividuels que de droit contre un groupe, de sorte qu'il est assez discutable de parler d'obligation alimentaire familiale : v. Dominique EVERAERT-DUMONT, « Le paradoxe des obligations alimentaires ou comment concilier principe de solidarité et obligation personnelle », RDSS, 2008, p. 538 et s., spéc. p. 541 et s.
[1224] Sur la question v., outre les références citées *supra*, pp. 377-378, Jean HAUSER, « La famille récupérée », in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 327 et s.
[1225] *Supra*, p. 5.

entre les besoins du créancier et les ressources du débiteur[1226]. À celui qui a besoin de beaucoup, car son train de vie est assez élevé, et dont les débiteurs ont beaucoup, il sera beaucoup fourni. À celui qui, pour avoir toujours été pauvre, a besoin de peu, et dont les parents et alliés n'ont guère, il sera peu promis[1227]. La fixation judiciaire de l'obligation alimentaire prend parfois des allures de droit de classe.

L'objection ne semble toutefois pas dirimante. Car, incontestablement, fait partie du *corpus* de l'étude, le droit à des moyens convenables d'existence[1228] - et la mise en œuvre de l'obligation alimentaire peut permettre de les obtenir. Or ce serait restreindre arbitrairement la question des débiteurs de ce droit social que de poser, *ab initio*, qu'il ne pourrait contraindre que la collectivité. Personne ne conteste que, par la reconnaissance d'un effet horizontal aux stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de Strasbourg a amélioré l'effectivité des droits, en particulier civils et politiques. Les États, pour respecter leurs engagements internationaux, doivent donc protéger les droits consacrés y compris des atteintes des particuliers. Tout pareillement, en imposant à des personnes privées la charge de la satisfaction d'un droit social, et dès lors que son intervention ne se limite pas à cela, un État œuvre à sa garantie, puisqu'il améliore la situation de son titulaire. À cet égard, la consécration du droit à l'habitat puis du droit au logement dans la législation française est éclairante : ce sont des lois relatives aux baux d'habitation qui, les premières, les ont portés[1229], et dont l'objet est d'accroître la contrainte pesant sur le propriétaire – irréfragablement présumé en situation de force, mais qui peut ne pas l'être – au bénéfice du locataire – irréfragablement présumé dans une situation moins confortable. Que cette législation participe à la protection du droit au logement, comme l'affirment les textes, est plus que probable : l'instauration de charges et contraintes sur les personnes privées est un des modes de garantie d'un droit social. Or, en matière d'obligation alimentaire, contrainte il y a. L'obligation alimentaire n'est pas abandonnée par l'État aux relations familiales privées, elle n'est pas une obligation naturelle[1230] : son exécution peut être imposée en justice.

[1226] C. Cass., C. civ., art. 208, al. 1er : « Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit ».
[1227] Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, La famille, 3e éd., in Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, Droit civil, Defrénois, 2009, n° 1748 : « Le montant des droits alimentaires […] est apprécié en tenant compte du genre de vie et de la condition sociale des intéressés ; dans certains cas, la pension alimentaire est donc inférieure au salaire minimum, dans d'autres, elle est très élevée ». Le besoin est irréductible à la pauvreté : Diane ROMAN, Le droit public face à la pauvreté, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2002, n° 146 et s. – qui, en particulier, souligne la subjectivité de l'appréciation des besoins du créancier dans le cadre de la détermination du quantum de l'obligation alimentaire.
[1228] *Supra*, p.5.
[1229] V., toujours en vigueur, la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, dite Mermaz (JO 8 juillet 1989, p. 8541), et son article 1er : « Le droit au logement est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent ».
[1230] Sur la définition de l'obligation naturelle, v. *supra*, p. 379, note 17.

Et le souci de voir cette obligation alimentaire respectée par ses débiteurs personnes privées a donné lieu à des interventions très spécifiques. Non seulement le législateur a conféré à la créance alimentaire la protection du juge à laquelle tous les droits reconnus par la législation civile peuvent prétendre, mais l'obligation alimentaire bénéficie d'une justiciabilité accrue car sa satisfaction se révèle entourée de garanties procédurales propres : « le but spécifique de l'obligation alimentaire, qui est d'assurer la subsistance du créancier, ainsi que son fondement particulier, qui est le devoir de charité et de solidarité familiales, expliquent qu'elle soit soumise à un régime juridique très spécial qui, sur de nombreux points, se distingue de celui qui vaut pour les obligations ordinaires »[1231]. Sa réalisation en justice est facilitée par diverses solutions et dispositions qui ne s'appliquent qu'à elle. De fait, cette justiciabilité accrue peut s'expliquer par les difficultés spécifiques de recouvrement des créances en question : elle est probablement le produit d'une ineffectivité elle-même non négligeable[1232]. Son étude est d'autant plus importante.

Confrontés à une forme d'ineffectivité de la créance alimentaire, mode de satisfaction du droit à des moyens convenables d'existence, les pouvoirs publics ont posé des règles qui tendent à favoriser sa justiciabilité, c'est-à-dire l'exercice d'une contrainte contre les parents et alliés. Se pose alors la question de savoir si, de ce régime spécifique, des enseignements à portée plus générale pourraient être tirés : ces modes originaux de garantie de la créance alimentaire peuvent-ils nourrir la réflexion sur la justiciabilité des droits sociaux ? En matière d'obligation alimentaire entre parents et alliés, deux voies d'une justiciabilité meilleure sont empruntées : le recours au juge est favorisé ; le recouvrement de la créance est facilité.

I. Le recours au juge favorisé

L'obligation alimentaire ne peut être comprise qu'au regard de l'état de besoin, qui en conditionne l'existence-même. Or cet état est, justement, de nature à compliquer l'accès au juge comme à pousser à renoncer à la garantie que constitue le recours à celui-ci. Une meilleure justiciabilité du droit passe précisément par la protection contre ces deux écueils.

A. Une accessibilité renforcée

Rationae materiae, le juge de l'obligation alimentaire est un juge facilement identifiable : c'est le juge aux affaires familiales, juge du tribunal de

---

[1231] J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 20 : Aliments – Obligation alimentaire – Caractères, 2002, par Laurent LEVENEUR, n° 1. C'est une « créance privée […] d'une nature particulière » (Jean HAUSER et Danièle HUET-WEILLER, Traité de droit civil, dir. Jacques GHESTIN, La famille, Fondation et vie de la famille, 2e éd., LGDJ, 1993, n° 1350, p. 903).
[1232] En ce sens, v. Jean CARBONNIER, Droit civil, t. 2, La famille, l'enfant, le couple, 21e éd., PUF, coll. « Thémis », 2002, p. 60 : « La législation favorable aux créanciers […] est plutôt le signe d'un mauvais fonctionnement de l'institution » ; Jean HAUSER et Danièle HUET-WEILLER, précit., n° 1342, p. 900.

grande instance[1233]. Le caractère très général de sa compétence favorise probablement la justiciabilité du droit, dans la mesure où il évite que des incertitudes en la matière freinent le recours au juge. En outre, alors que, en principe, la représentation est obligatoire devant le tribunal de grande instance et ses diverses formations, l'article 1139 du Code de procédure civile dispense du ministère d'avocat certaines procédures relevant de la compétence du juge aux affaires familiales, parmi lesquelles le contentieux de l'obligation alimentaire. Une entrave à la saisine du juge par les personnes les plus modestes est de la sorte levée[1234].

Ce souci d'un moindre coût à la charge d'un demandeur dans le besoin anime aussi les règles, dérogatoires, relatives à la compétence *rationae loci* : le juge de l'obligation alimentaire – même s'il n'est pas la juridiction de proximité[1235] – est un juge proche. En effet, alors que le juge territorialement compétent est en principe celui du domicile du défendeur, ce qui peut conduire à devoir saisir une juridiction très éloignée – avec tous les surcoûts que cela comporte (même pour une personne bénéficiaire de l'aide juridictionnelle) –, en vertu de l'article 46 du Code de procédure civile, le juge du domicile du défendeur est également, en matière alimentaire, compétent[1236], et une telle option est aussi ouverte, concernant un litige transfrontalier au sein de l'Union européenne, par le règlement du 18 décembre 2008, *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*[1237]. Ainsi des frais sont-ils épargnés à celui qui, par hypothèse, prétend être - et est probablement - dans le besoin[1238]. La conscience de l'importance de rattacher le plus possible la créance alimentaire au lieu de vie du créancier s'exprime également à l'article 1247 du Code civil : alors que, en principe, « le payement doit être fait au domicile du débiteur », c'est-à-dire que la créance est quérable, « les aliments alloués en justice doivent être versés, sauf décision contraire du juge, au domicile ou à la résidence de celui qui doit les recevoir » - la créance alimentaire est portable[1239]. Le droit civil tend

---

[1233] C. org. jud., art. L. 213-3 ; adde c. santé pub., art. L. 6145-11 : « Les établissements publics de santé peuvent toujours exercer leurs recours, s'il y a lieu, contre les hospitalisés, contre leurs débiteurs et contre les personnes désignées par les articles 205, 206, 207 et 212 du code civil. Ces recours relèvent de la compétence du juge aux affaires familiales ».

[1234] Certes, l'admission à l'aide juridictionnelle de ces mêmes personnes leur permettrait d'obtenir l'assistance d'un avocat. Mais les délais de traitement des dossiers sont souvent longs – et la procédure en elle-même peut parfois rebuter certaines d'entre elles.

[1235] Au sens de l'art. L. 231-3 du Code de l'organisation judiciaire.

[1236] C. proc. civ., art. 46 : « Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur : […] en matière d'aliments ou de contribution aux charges du mariage, la juridiction du lieu où demeure le créancier » ; la solution est rappelée à l'article 1070, al. 3.

[1237] Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JO UE 10 janvier 2009, n° L 7, art. 3

[1238] « Le créancier a une option […], justifiée par la précarité de son état » : Frédérique GRANET, « Créances alimentaires : solidarité familiale ou solidarité sociale ? », in La dépendance des personnes âgées, dir. Francis KESSLER, 2e éd., Sirey, coll. « Droit sanitaire et social », 1997, p. 115 et s., p. 121.

[1239] Sur la distinction, v. François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, 10e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2009, n° 1344, p. 1334-1335. L'enjeu principal est de

à favoriser la justiciabilité du droit en faisant peser sur le débiteur potentiel ou avéré de la créance la charge de la distance, en particulier de la distance au juge : l'exemple mériterait d'être médité[1240].

B. Un garant exceptionnel

Que le juge civil ait à protéger les droits de la personne, surtout si leur siège est à trouver dans le Code civil, n'a rien d'étonnant. Mais la vocation du juge à se prononcer sur l'existence et le *quantum* de l'obligation alimentaire est tout à fait particulière : son rôle de garant s'avère exceptionnel.

D'une part, le juge est tout spécialement garant de la créance alimentaire parce que celle-ci est indisponible – du moins les sommes à échoir à ce titre[1241]. Cette indisponibilité se traduit par une justiciabilité accrue, au sens où elle favorise l'intervention d'une juridiction.

Débiteurs et créanciers peuvent, en dehors de tout litige, fixer conventionnellement le *quantum* de l'obligation alimentaire. C'est d'ailleurs bien souvent par accord tacite entre le créancier et le débiteur que l'obligation alimentaire est exécutée. Simplement, quand bien même un tel accord serait susceptible d'être prouvé, car explicité, il n'obligerait guère les parties : sa force obligatoire est quasi-nulle[1242]. En effet, il est toujours loisible au créancier – comme d'ailleurs au débiteur – de saisir le juge pour qu'il révise le montant de la pension alimentaire à verser, nonobstant tout accord antérieur entre les parties[1243].

---

savoir quelles sont les formalités préalables à une poursuite. Lorsque la dette est quérable, en pratique, « cette règle signifie aujourd'hui que le créancier ne peut pas valablement poursuivre le débiteur ou le mettre en demeure s'il ne lui a pas demandé le paiement, par exemple par courrier adressé à son domicile » (p. 1334). Si la créance est portable, « la mise en demeure et des poursuites sont possibles dès l'arrivée de l'échéance, sans que le créancier ait à faire preuve d'une demande préalable de paiement » (p. 1335).

[1240] Cette volonté de favoriser la proximité du juge en présence d'un demandeur en situation économique présumée fragile a conduit à admettre récemment une option assez proche en matière de droit de la consommation. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, en vertu de l'article L. 141-5 du Code de la consommation, « le consommateur peut saisir à son choix, outre l'une des juridictions territorialement compétentes en vertu du code de procédure civile, la juridiction du lieu où il demeurait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable ». Sur cette nouvelle disposition, v. Dominique FENOUILLET, RDC 2009.1438 ; Stéphane PIEDELIEVRE, Gaz. Pal. 2009.1732 ; Loïs RASCHEL, Procédures juill. 2009, n° 230, p. 17 ; Elise POILLOT, D. 2010.790, p. 797.

[1241] Sur l'indisponibilité de la créance alimentaire, v. J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 20, précit., par Laurent LEVENEUR, n° 28 et s., et les réf. citées.

[1242] Comp. C. civ., art. 1134, al. 1er : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

[1243] V. Jean HAUSER, obs. sous Cass. 1re civ. 16 juin 1993, RTD civ. 1993.816 : l'« obligation alimentaire peut faire l'objet d'une convention entre créanciers et débiteurs, étant acquis que cette convention serait toujours susceptible de révision ». Adde J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 20, précit., par Laurent LEVENEUR, n° 29 : « Le créancier ne saurait convenir avec son débiteur que sa pension sera immuablement fixée à un montant inférieur à celui qu'elle devrait normalement avoir, et qu'elle n'augmentera pas ». C'est qu'en effet « le montant des dettes alimentaires est toujours sujet à révision et […] le créancier ne peut jamais renoncer à ses droits » (Cass. civ. 21

De même, l'indisponibilité de la créance alimentaire interdit aux parties en litige de compromettre – de soumettre, par une convention, leur litige déjà né à un arbitre[1244] –, comme de transiger – c'est-à-dire de mettre fin à ce litige par un contrat –, la transaction supposant des concessions réciproques, incompatibles avec l'indisponibilité[1245]. Le recours à l'accord de volontés pour qu'il soit mis fin au litige soit directement *via* par une transaction soit indirectement par saisine d'un arbitre est donc proscrit en matière alimentaire. Le juge étatique jouit d'un monopole.

Ces solutions doivent être rapprochées de l'article L. 132-7 du Code de l'action sociale et des familles. Le texte dispose en effet : « En cas de carence de l'intéressé, le représentant de l'Etat ou le président du conseil général peut demander en son lieu et place à l'autorité judiciaire la fixation de la dette alimentaire et le versement de son montant, selon le cas, à l'Etat ou au département qui le reverse au bénéficiaire, augmenté le cas échéant de la quote-part de l'aide sociale ». En d'autres termes, le droit peut être justiciable contre la volonté du premier intéressé[1246], alors que, en principe, concernant un droit exclusivement attaché à la personne, l'action oblique n'est pas ouverte au créancier du créancier d'aliments[1247].

En somme, nonobstant tout accord des parties en sens contraire, ou toute réticence du créancier à se prévaloir de son droit, la créance d'aliments demeure toujours justiciable au sens de *susceptible de donner lieu à une décision du juge* – et plus précisément du juge étatique. De la sorte s'exprime un certain

---

janvier 1930 ; Gaz. Pal. 1930, 1, p. 456 : solution adoptée dans un contexte très particulier, mais formule à la portée extrêmement générale ; dans le même sens, v. Cass. 2e civ. 18 mars 1954, D. 1954.398).

[1244] C. civ., art. 2059 : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition » ; *a contrario*, l'indisponibilité de la créance alimentaire fait obstacle au compromis. C. civ., art. 2060 : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public » ; or il ne fait aucun doute que l'obligation alimentaire relève de cette dernière catégorie.

[1245] Sur l'impossibilité de la transaction, v., dans un contexte qui donne à la solution une portée très générale, Cass. civ. 28 février 1949 ; JCP 1949 II 4888, note Paul ESMEIN ; D 1949 J 301, note Georges RIPERT, qui écrit : « le conjoint divorcé qui par insouciance ou générosité a renoncé à sa pension, celui qui a transigé croyant bien faire, pourra se trouver quelques années plus tard privé de tout secours. *Il faut le défendre contre lui-même* [nous soulignons]. Il est en tout cas de l'intérêt social qu'il ne soit pas un malheureux à la charge de l'Etat […]. L'arrêt rapporté ne s'arrête pas à l'objection que deux époux divorcés peuvent discuter librement leurs intérêts. Il s'inscrit dans la ligne générale d'un droit protecteur des faibles ». Adde, réitérant la solution, Cass. civ. 23 mai 1949, JCP 1949 II 5202, note Paul ESMEIN.

[1246] La disposition a pu être analysée comme « une aide administrative au recouvrement de la créance familiale » (Frédérique GRANET, art. précit., p. 128). Il ne s'agit toutefois pas stricto sensu d'une aide au recouvrement de la créance au sens où cette aide est alors sollicitée en amont, non pas seulement pour permettre le recouvrement, mais dès avant pour assurer la fixation de la créance. Sur l'aide au recouvrement stricto sensu, v. *infra* p. 425 et s.

[1247] V. en part. J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 20, précit., par Laurent LEVENEUR, n° 21 et s., et spéc. n° 25 pour une présentation de l'article L. 132-7 du Code de l'action sociale et des familles comme une exception au principe d'exclusion de l'action oblique – exclusion elle-même fondée sur l'article 1166 du Code civil (« Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne »).

scepticisme à l'égard de l'aptitude du créancier de l'obligation à défendre convenablement ses intérêts, de manière générale mais tout particulièrement dans un cadre conventionnel. Le phénomène n'a rien d'exceptionnel : l'ordre public vient régulièrement protéger, par la technique des renonciations impossibles, le faible – ou présumé tel – contre sa propre volonté, supposée dominée par autrui[1248]. Il n'en est pas moins remarquable dans un contexte de faveur généralisée pour la forme contractuelle - le cas échéant assez abâtardie[1249]. Car envisager la question sociale sous l'angle des droits fondamentaux, c'est-à-dire des droits subjectifs *lato sensu*, conduit à placer au premier plan la volonté de l'individu titulaire de la prérogative[1250] ; le régime de justiciabilité de l'obligation alimentaire rappelle que la libre disponibilité n'est pas toujours le meilleur vecteur du respect des intérêts de la personne, et que concevoir la question en termes d'ordre public est peut-être plus efficace – même si probablement moins satisfaisant pour l'esprit.

D'autre part, si le juge est tout spécialement garant de l'obligation alimentaire, c'est parce que même la fixation judiciaire de la pension ne ferme pas la voie à une nouvelle saisine du juge : les décisions judiciaires sont, en la matière, marquées d'une très forte précarité – car essentiellement provisoires. Il demeure toujours possible de saisir à nouveau le juge pour qu'il procède à une nouvelle évaluation de la pension en fonction de l'évolution des ressources du créancier comme du débiteur : « la décision judiciaire fixant une pension alimentaire ne possède l'autorité de la chose jugée qu'aussi longtemps que demeurent inchangées les circonstances au regard desquelles elle est

---

[1248] Sur la méfiance à entretenir à l'égard des « accords de volontés » en présence de parties dans des situations économiquement très différentes, v., en part., Alain SUPIOT, Critique du droit du travail, 2e éd., PUF, coll. « Quadrige », 2007, p. 116 et s. ; Muriel FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », D. 2008.31, spéc. p. 35. Pour une illustration classique, v. Cass. Plén. 4 mars 1983, Bull. civ. n° 3 ; D. 1983 J 381, concl. Jean CABANNES : un salarié avait accepté une novation substituant au contrat de travail originaire une « convention de collaboration de type purement libéral » ; il demande la requalification de son contrat en contrat de travail, et l'obtient. « Cette activité, exercée sous la dépendance d'un employeur, ne pouvait avoir un caractère libéral, la seule volonté des parties étant impuissante à soustraire [la personne concernée] au statut social qui découlait nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail ». Les conclusions de l'avocat général Cabannes invitaient à la solution retenue. V. en part., p. 382 : « La volonté des parties a-t-elle suffi à réaliser une novation ? La question est d'autant plus importante que nous débordons aujourd'hui du cadre du droit privé traditionnel et que la détermination des caractères du contrat de travail, dans un secteur se rapprochant du droit public, ou frôlant l'ordre public, non seulement ne peut être laissée à l'initiative des intéressés, mais encore est placée sous votre contrôle : c'est toute la finalité du droit social qui se trouve ici mise en cause ! ». Pour un parallèle entre ces questions, v. J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 20, précit., par Laurent LEVENEUR, n° 34 : « Il en va un peu de "l'ordre public alimentaire" comme de la notion bien connue d'"ordre public social" qui interdit de déroger aux règles légales au détriment du salarié, mais le permet en sa faveur ».

[1249] Sur le phénomène de contractualisation, v. en part. Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), Approche critique de la contractualisation, LGDJ, coll. « Droit et société », 2007.

[1250] Si l'on veut bien admettre que le droit subjectif appelle la maîtrise de la prérogative par son titulaire, sur quoi v. en part. Jean DABIN, Le droit subjectif, Dalloz, 1952, p. 80 : « Le droit subjectif est essentiellement appartenance-maîtrise, l'appartenance causant et déterminant la maîtrise » ; p. 90-91 : le droit subjectif « est faculté d'agir en maître sur la chose qui fait l'objet du droit, naturellement sous réserve des limitations ou des charges résultant soit de la loi, soit de la volonté du titulaire s'"auto-limitant" en exécution de sa propre maîtrise. Mais cette limitation même laisse debout, pour le surplus, la libre disposition ».

intervenue ; […] une demande en révision peut être soumise aux tribunaux, dès lors qu'apparaissent des éléments nouveaux »[1251]. Si la perpétuelle réouverture des débats bénéficie tout autant au créancier qu'au débiteur[1252], elle est indiscutablement le symbole d'une justiciabilité particulière qui n'a que peu d'équivalents en droit civil, sinon en droit de l'assistance éducative ou de l'autorité parentale, où l'intérêt de l'enfant imprime sa marque – d'ordre public – à la matière, et confère à toute décision un même caractère provisoire.

Si l'on peut parler d'une justiciabilité spécifique et accrue de l'obligation alimentaire entre parents et alliés, c'est que son régime juridique favorise le recours au juge. Mais accroître la justiciabilité d'un droit c'est aussi s'assurer que, la décision prise, elle pourra être exécutée – que la créance fixée pourra être recouvrée.

II. Le recouvrement de la créance facilité

Une fois sa qualité reconnue, le créancier d'aliments bénéficie d'une situation à divers égards exceptionnelle. A rebours de la tendance dominante du droit contemporain, la matière alimentaire révèle en effet une remarquable rigueur à l'égard du débiteur[1253], dans une situation d'autant plus inconfortable que, pour le recouvrement de la créance, l'administration peut, suivant des voies originales, être mobilisée.

A. La rigueur à l'égard du débiteur

La faveur pour le débiteur, trait marquant du droit contemporain des obligations, ne trouve certes pas droit de cité en matière alimentaire.

[1251] Cass. 1re civ. 16 juin 1993, Bull. civ. I n° 216 ; Def. 1993.1360, obs. Jacques MASSIP ; RTD civ. 1993.816, obs. Jean HAUSER. L'arrêt est d'autant plus intéressant que, si le visa de l'article 1351 du Code civil et la lettre de l'attendu de principe invitent à le lire comme relatif à la seule autorité des décisions de justice, sa solution vaut aussi en matière de détermination conventionnelle de la pension alimentaire. En l'espèce, des juges du fond avaient « pris acte » de l'engagement formel du débiteur de laisser, au titre de l'accomplissement de son obligation alimentaire à l'égard de son petit-fils, ce dernier et son ex-bru jouir d'un immeuble dont il était propriétaire, « jusqu'à ce que l'enfant mineur ait quitté ce toit ». Eu égard à l'évolution de la situation des parties, le débiteur demande à pouvoir jouir à nouveau de son bien. Il est débouté par la cour d'appel saisie car il serait « tenu par l'engagement qu'il a pris au cours de l'instance précédente et qui, homologué par la cour d'appel, a l'autorité de la chose jugée » ; la cour ajoute que « l'intéressé ne peut révoquer cet engagement, en invoquant un remariage dont il n'avait pas fait une condition résolutoire ». La Cour de cassation censure le raisonnement : « l'engagement pris […] l'avait été dans le but d'exécuter partiellement en nature son obligation alimentaire ; […] il en résultait que cet engagement pouvait toujours être révisé, soit par un nouvel accord des parties, soit par une décision de justice, en cas de survenance d'éléments nouveaux et sans que puisse être opposée à une convention provisoire la règle de la force obligatoire des contrats ».

[1252] L'article 209 du Code civil n'envisage que la révision à la baisse.

[1253] Le terme est employé par M. LEVENEUR (J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 20, précit., n° 49 et s.) : « Le caractère d'ordre public de l'obligation alimentaire transparaît encore dans ses sanctions. Il est indispensable de faire en sorte que le débiteur d'aliments ne puisse se soustraire au devoir aussi impérieux que la loi lui impose. Les sanctions qui garantissent son exécution sont donc plus rigoureuses que celles qui assortissent les obligations ordinaires ».

Parfois, le débiteur est privé de la possibilité de recourir à des textes à portée générale.

Alors que, d'ordinaire, un débiteur peut résister à une demande en paiement en se prévalant de la compensation de sa propre dette avec une créance dont il est titulaire à l'encontre de son créancier[1254], cette neutralisation des obligations réciproques ne trouve en principe pas application concernant les aliments[1255].

De même, le délai de grâce, réformé en 1936 et, à cette occasion, stigmatisé comme une des manifestations du « droit de ne pas payer ses dettes » par le Doyen Ripert[1256], est exclu en matière alimentaire. Alors que, en vertu de l'alinéa 1er de l'article 1244-1 du Code civil, « compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues », l'alinéa 4 du même texte exclut du domaine d'application de ce pouvoir du juge les « dettes d'aliments ». La précision n'a, à la réflexion, rien de particulièrement étonnant. On peut en effet la lire comme une présomption irréfragable que la situation de besoin du créancier, que l'article 1244-1 impose de prendre en considération, implique nécessairement le paiement de la créance en temps et en heure[1257]. Il n'en demeure pas moins que faveur va alors, par principe, au

---

[1254] C. civ., art. 1289.

[1255] C. civ., art. 1293 : « La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas : […] 3° D'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables ». Eu égard à la précision portée au texte, des cas exceptionnels de compensation sont envisageables. L'article 14 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution (JO 14 juillet 1991, p. 9228), déclare en effet insaisissables « les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant à la partie saisie ». En d'autres termes, celui qui a trop versé au titre de son obligation alimentaire peut saisir les aliments de celui qui s'avère rétrospectivement ne pas être, ou pas à ce point, son créancier d'aliments (« cette exception vise celui qui fournit des aliments en étant trompé sur les réels besoins du créancier et qui va en solliciter la restitution » : Anne LEBORGNE, Voies d'exécution et procédures de distribution, Dalloz, coll. « Précis », 2009, n° 619, p. 250). En conséquence, et suivant la même logique, la compensation peut avoir lieu « lorsque la créance réciproque de la créance alimentaire a pour cause une fourniture d'aliments […] : par exemple, si le débiteur de l'obligation alimentaire a prêté au créancier une somme d'argent pour lui permettre d'acquérir un logement, il peut invoquer la compensation pour éteindre sa dette d'aliments à hauteur de sa créance de restitution de la somme prêtée, qui est alors éteinte simultanément. Dans de semblables hypothèses, le lien obligatoire d'aliments est utilisé conformément à son affectation strictement alimentaire, ce qui justifie pleinement l'exception au principe de non-compensation » (J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 20, précit., par Laurent LEVENEUR, n° 43).

[1256] Georges RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », DH 1936, p. 57, et spéc. p. 60 : « La faveur que la démocratie n'a jamais cessé de témoigner aux faibles lui fait depuis longtemps considérer le débiteur comme le seul digne de la protection des lois ». Il n'en va certes pas de même du débiteur d'aliments …

[1257] Et la Cour de cassation a retenu une interprétation assez large de cette disposition pourtant formellement exceptionnelle : v. Cass. soc. 18 novembre 1992, Bull. civ. V n° 555 ; RTD civ. 1993.611, obs. Pierre-Yves GAUTIER. Eu égard à la bonne foi et à la situation difficile de l'employeur, le conseil de prud'hommes l'avait autorisé à s'acquitter de sa dette en huit trimestres. L'arrêt est cassé. Concernant certaines sommes - salaires, primes de fin d'année et indemnité de congés payés -, l'échelonnement est exclu : « s'agissant de créances salariales, le juge ne peut accorder aucun délai de paiement ». Alors que la Cour de cassation aurait pu comprendre l'expression « dettes d'aliments » comme un simple renvoi implicite aux articles 205 et suivants du Code civil, elle en adopte une définition assez large – signe d'une certaine rigueur à l'égard de ceux qui doivent fournir aux autres de quoi vivre. La définition des dettes d'aliments n'est toutefois pas

créancier – faveur au créancier d'aliments qu'exprime aussi, et à contre-courant, le droit du surendettement. En effet, si la saisine de la commission de surendettement des particuliers peut emporter suspension des poursuites, cette solution est exclue en matière de dettes d'aliments[1258] - qui ne sont pas non plus susceptibles de rééchelonnement au titre de l'article L. 331-7-1 du code de la consommation. De même, le créancier d'aliments jouit d'une situation originale – et de faveur – si s'ouvre contre son débiteur une procédure collective régie par le code de commerce[1259].

Et, si la mise en œuvre des procédures d'exécution forcée s'avère nécessaire, la rigueur à l'égard du débiteur se révèle à nouveau. Tandis que, en principe, certains biens du débiteur sont insaisissables, et en particulier une partie de la rémunération de son travail[1260], cette insaisissabilité de principe ne pourra pas être opposée au créancier d'aliments, du moins concernant la partie de la rémunération supérieure au seuil du revenu de solidarité active[1261].

Parfois, des textes spéciaux accroissent la contrainte qui pèse sur le débiteur.

Le créancier d'aliments peut se prévaloir contre le débiteur d'un régime de saisie tout à fait particulier : la procédure de paiement direct instaurée par une loi de 1973[1262]. Les conditions posées par les deux premiers alinéas de l'article 1er sont légères : « Tout créancier d'une pension alimentaire peut se faire payer directement le montant de cette pension par les tiers débiteurs de sommes liquides et exigibles envers le débiteur de la pension. Il peut notamment exercer ce droit entre les mains de tout débiteur de salaires, produits du travail ou autres revenus, ainsi que de tout dépositaire de fonds. La demande en paiement direct sera recevable dès qu'une échéance d'une pension alimentaire, fixée par une décision judiciaire devenue exécutoire, n'aura pas été payée à son terme ». L'attrait de la procédure pour le créancier est souligné à l'article 2 selon lequel

indéfiniment extensive. Dans la même décision, l'échelonnement sur deux années du paiement de l'indemnité de licenciement est, lui, admis par la Cour – en raison de son caractère non pas alimentaire mais indemnitaire. Pour une critique, v. Pierre-Yves GAUTIER, obs. précit., p. 612, favorable à une interprétation plus large encore du champ d'application de l'exception au délai de grâce de l'article 1244-1 : « au-delà des qualifications savantes, l'on se demandera simplement quelle est la destination de cette indemnité à laquelle a droit un homme ou une femme qui va se retrouver au chômage, pour une durée indéterminée, peut-être très longue, c'est-à-dire dans une des situations les plus douloureuses de la vie contemporaine : la réponse n'est pas difficile, elle l'aidera à assurer sa subsistance et celle de sa famille […]. En d'autres termes, à supposer qu'une telle indemnité ne soit pas un salaire (cause et nature différentes), elle n'en reste pas moins alimentaire et le délai de grâce devrait de ce fait être normalement exclu ».

1258 C. cons., art. L. 331-5.

1259 Sur ce régime, v. en dernier lieu, Pierre CAGNOLI, « L'obligation alimentaire est-elle une dette spécifique au regard du droit des procédures collectives d'entreprise ? », LPA 24 juin 2010, p. 37 et s. : « Ici également, la réponse est évidemment affirmative » pose, d'emblée, l'auteur.

1260 C. trav., art. L. 3252-2, al. 1er.

1261 C. trav., art. L. 3252-5 et R. 3253-5 qui renvoie à l'article L. 262-3 du Code de l'action sociale et des familles - relatif au revenu de solidarité active. Sur la protection du créancier d'aliments ainsi instaurée, v. Anne LEBORGNE, précit., n° 1302 et s., p. 498 et s.

1262 Loi n° 73-5 du 2 janvier 1973 relative au paiement direct de la pension alimentaire, JO 3 janvier 1973, p. 135.

« la demande vaut, *sans autre procédure* et *par préférence à tous autres créanciers*, attribution au bénéficiaire des sommes qui en font l'objet au fur et à mesure qu'elles deviennent exigibles. Le tiers est tenu de verser directement ces sommes au bénéficiaire selon les échéances fixées par le jugement ». Le texte fait donc du créancier d'aliments un créancier privilégié *stricto sensu* : il bénéficie d'un droit de préférence sur les sommes en question, il sera prioritaire sur tout autre créancier[1263].

Et la contrainte est d'autant plus forte que le débiteur récalcitrant s'expose à des sanctions pénales spécifiques. « Le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le titre IX du livre Ier du code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende »[1264]. « C'est une des hypothèses remarquables où l'inexécution d'une obligation civile est sanctionnée comme délit pénal »[1265]. Le délit d'abandon de famille illustre les garanties exceptionnelles dont bénéficie le créancier alimentaire et, réciproquement, l'extrême rigueur du système juridique à l'encontre du débiteur – d'autant que deux autres incriminations peuvent être sollicitées à son encontre[1266]. On constate alors que tout, dans le régime spécifique de l'obligation alimentaire, ne peut être exporté pour garantir la justiciabilité des autres droits sociaux. En effet, les sanctions pénales qui viennent accroître la contrainte qui pèse sur le débiteur s'expliquent par le fait même de l'existence de liens de famille entre les différents acteurs : l'abandon financier ne semble alors que refléter un abandon moral, que l'on peut aisément concevoir comme répréhensible au sein du groupe familial – mais plus difficilement de manière générale.

La justiciabilité de l'obligation alimentaire passe très clairement par un jugement de valeur d'autant plus frappant qu'il ne s'inscrit pas dans la tendance générale du droit contemporain à une relative indulgence pour le débiteur impécunieux : *le débiteur doit payer*. Cela s'explique : par hypothèse, il n'est pas – ou n'a pas toujours été – sans ressources, sans quoi il ne serait pas débiteur de l'obligation alimentaire, celle-ci étant fonction des besoins du créancier et des ressources du débiteur. Il n'est toutefois pas à l'abri d'une mauvaise gestion

---

[1263] V. Marie-Josèphe GEBLER, « Le paiement direct des pensions alimentaires (Commentaire de la loi n° 73-5 du 2 janvier 1973) », D. 1973 Chron 107, spéc. p. 111 : « Le paiement direct n'est pas seulement une voie d'exécution efficace. Il constitue aussi un privilège expressément formulé ». Pour une description précise de la situation du créancier, v. Frédérique EUDIER, « Le recouvrement forcé des créances d'aliments », LPA 24 juin 2010, p. 41 et s., p. 43 et s.
[1264] C. pén., art. 227-3.
[1265] Jean CARBONNIER, précit., p. 57.
[1266] C. pén., art. 227-4, qui sanctionne le fait, pour un débiteur d'aliments, de n'avoir pas notifié son changement de domicile à son créancier dans un délai d'un mois ; art. 351-3, qui sanctionne l'organisation de son insolvabilité en vue de se soustraire à l'exécution d'une décision de justice, portant en particulier condamnation au paiement d'aliments.

passagère : elle lui serait pardonnée en toute autre hypothèse et apparaît inadmissible si elle nuit à un créancier d'aliments – sauf à ce que le débiteur obtienne du juge la révision à la baisse, voire la disparition, de sa dette en raison même de l'amenuisement de ses ressources[1267]. Hors ce cas, la garantie des droits de l'un passe par une certaine intransigeance et donc une certaine indifférence à la situation de l'autre. On touche alors certainement à une difficulté de la justiciabilité des droits sociaux : pour que l'un soit rempli de ses droits, il faut demeurer sourd aux intérêts de l'autre. Tous les contextes ne justifient pas, ou pas évidemment, une telle prise de parti : il y a probablement dans la nécessité d'un jugement de valeur très radical de ce type, un frein politique à la justiciabilité des droits sociaux.

B. La mobilisation de l'administration

En dehors même de l'intervention de l'administration sur le fondement de l'article L. 132-7 du Code de l'action et des familles, qui précède la fixation de la créance[1268] ou de la question du recours contributif des personnes publiques contre les débiteurs d'aliments, qui n'assure pas *stricto sensu* un meilleur recouvrement de la créance alimentaire au sens où, alors, le créancier a d'ores et déjà été satisfait, il faut signaler des mécanismes originaux de collaboration de l'administration avec le débiteur[1269].

En premier lieu, cette collaboration a pour objet la réunion d'informations relatives au débiteur. Ainsi, l'article L. 111-II du Livre des procédures fiscales fait bénéficier les créanciers d'aliments en possession d'un titre exécutoire d'une certaine transparence fiscale : le texte les autorise à accéder à diverses informations parmi lesquelles le revenu imposable du débiteur[1270]. Si la réciproque est vraie, il ne fait pas de doute que cette information fiscale a avant tout pour objet et pour effet de permettre au créancier de se prévaloir de la véritable situation financière du débiteur – c'est-à-dire de prouver que les ressources qui conditionnent l'existence de la créance alimentaire existent bel et bien. Mais des informations plus nombreuses, et plus nombreuses qu'en droit commun, peuvent être réunies par la personne en charge du recouvrement.

[1267] Sur le fait qu'une telle révision est toujours possible, v. *supra* p. 418 et 420.
[1268] *Supra*, p. 419.
[1269] Les organismes débiteurs de prestations familiales, personnes privées en charge d'une mission de service public, peuvent aussi être sollicités, mais à une fin particulière : le recouvrement des pensions dont le bénéficiaire est un enfant mineur (Code de la sécurité sociale, art. L 581-1 et s.). D'une part, ils peuvent verser au parent qui ne parvient pas à recouvrer la créance une avance, qui prend la forme de l'allocation de soutien familial (art. L. 581-2). D'autre part, ils peuvent recouvrer la créance au nom et pour le compte du parent en question en vertu d'un mandat – irréfragablement présumé du fait même du versement de l'allocation de soutien familial (L. 581-3) ou exprès si le parent n'a pas pu bénéficier de l'allocation en question (art. L. 581-6).
[1270] En vertu de l'article L. 111-II du Livre des procédures fiscales, relatif à la publicité de l'impôt : « Les créanciers et débiteurs d'aliments dont la qualité est reconnue par une décision de justice peuvent consulter les éléments des listes mentionnées au I afférents à l'imposition de leur débiteur ou créancier, selon le cas, quelle que soit la direction départementale des finances publiques dans le ressort de laquelle l'imposition du débiteur ou du créancier est établie ». En particulier peut être de la sorte connu le revenu imposable de la personne concernée.

Ainsi, dans le cadre de la procédure de paiement direct[1271], est-il prévu que, sous certaines réserves, « les administrations au service de l'Etat et des collectivités publiques, les organismes de sécurité sociale et les organismes qui assurent la gestion de prestations sociales sont tenus de réunir et de communiquer, en faisant toutes les diligences nécessaires, à l'huissier de justice chargé par le créancier de former la demande de paiement direct, tous renseignements dont ils disposent ou peuvent disposer permettant de déterminer l'adresse du débiteur de la pension alimentaire, l'identité et l'adresse de son employeur *ou de tout tiers débiteur ou dépositaire de sommes liquides ou exigibles* »[1272] - sans que l'huissier ait à requérir l'assistance du procureur de la République[1273]. Une disposition équivalente, et qui étend encore le champ des informations accessibles, existe en matière de recouvrement public des pensions alimentaires[1274].

En second lieu et surtout, le recouvrement peut être assuré directement par l'administration fiscale[1275] - ce qui évite au créancier un face-à-face que les circonstances familiales peuvent rendre délicat avec le débiteur d'aliments[1276]. Une loi de 1975, relative au recouvrement public des pensions alimentaires[1277], a en effet instauré un mécanisme original. Dans son dernier état[1278], l'article 1er de la loi dispose : « Toute pension alimentaire fixée par une décision judiciaire devenue exécutoire dont le recouvrement total ou partiel n'a pu être obtenu par une des voies d'exécution de droit privé peut être recouvrée pour le compte du créancier par les comptables publics compétents ». En somme, en matière alimentaire, les agents de l'Etat, dont la saisine est au demeurant fort simple[1279], peuvent faire office d'huissiers de justice[1280] – du moins à titre

---

[1271] *Supra*, p. 423.
[1272] Loi n° 73-5 du 2 janvier 1973 relative au paiement direct de la pension alimentaire, précit., art. 7. Les organismes débiteurs de prestations familiales en charge du recouvrement d'une créance en vertu des articles L. 581-1 et suivants du Code de la sécurité sociale peuvent également se prévaloir de cet article (v. l'art. L. 581-8).
[1273] Comp. avec les procédures de droit commun posées aux articles 39 et 40 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution (précit.).
[1274] Loi n° 75-618 du 11 juillet 1975, précit., art. 8 : les mêmes personnes doivent fournir au comptable public les renseignements dont elles disposent ou peuvent disposer « et qui sont utiles à la mise en œuvre de la procédure de recouvrement public » – sans plus de précision.
[1275] Sur cette procédure, v. en part. J. Cl. Civil, art. 205 à 211, fasc. 30 : Aliments – Obligation alimentaire – Mise en œuvre, 2002, par Laurent LEVENEUR, n° 87 et s. ; Jean CARBONNIER, précit., p. 56 et p. 61 ; Frédérique GRANET, art. précit., p. 126 et s., qui la qualifie de « particulièrement énergique » (p. 127).
[1276] En ce sens, v. Frédérique EUDIER, art. précit., p. 41 : « Dans un certain nombre de cas, du fait de la survivance de liens affectifs ou de rapports de domination entre le créancier et le débiteur, les tentatives de recouvrement risquent d'intervenir dans un contexte passionnel. C'est pourquoi le législateur a estimé que, dans certains cas, le succès de la procédure de recouvrement était subordonné à l'effacement du créancier d'aliments ».
[1277] Loi n° 75-618 du 11 juillet 1975, relative au recouvrement public des pensions alimentaires, JO 12 juillet 1975, p. 7178.
[1278] Issu de l'ordonnance 2010-420 du 27 avril 2010, portant adaptation de dispositions résultant de la fusion de la direction générale des impôts et de la direction générale de la comptabilité publique, JO 30 avril 2010, p. 7839.
[1279] En ce sens, v. Frédérique GRANET, art. précit., p. 126.
[1280] Alors que, en principe, les huissiers de justice bénéficient d'un monopole en matière de voies d'exécution posé par l'article 18 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, portant réforme des

subsidiaire puisque le créancier doit établir avoir recouru à « l'une des voies d'exécution de droit privé » « resté[e] infructueu[se] »[1281]. Les procédures sont celles applicables en matière de contributions directes[1282] : la justiciabilité de l'obligation alimentaire entre parents et alliés passe par une mobilisation exceptionnelle des services de l'Etat dans un intérêt privé.

Il ne paraît pas raisonnable de prétendre ériger en modèle de justiciabilité des droits sociaux celle de la créance alimentaire due par les parents et alliés tant influe nécessairement sur la question la nature des débiteurs. Mais il serait inopportun, au nom de l'irréductibilité des situations, de négliger les leçons de l'expérience. Pour conférer au droit à des aliments une plus grande effectivité, le législateur et le juge ont pris acte que le besoin qui en conditionne l'existence en fait une créance incomparable qui appelle une justiciabilité selon des modalités spécifiques. Ces modalités de protection pourraient, autant que de raison, servir de base de réflexion pour penser la justiciabilité des autres droits sociaux.

Pour citer cet article

Marc Pichard, « La justiciabilité de l'obligation alimentaire entre parents et alliés : quels enseignements pour la justiciabilité des droits sociaux ?»,
La Revue des Droits de l'Homme, juin 2012
http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/la-justiciabilitc3a9-de-l_obligation-alimentaire-entre-parents-et-allic3a9s3.pdf

procédures civiles d'exécution (précit.). Ce monopole est également malmené lorsque les organismes débiteurs de prestations familiales sont autorisés à recouvrer une créance en vertu des articles L. 581-3 ou L. 581-6 du Code de la sécurité sociale (v. *supra* note 50).

[1281] Loi n° 75-618 du 11 juillet 1975, précit., art. 2, al. 2. L'article 13 de la loi dispense le créancier d'un tel préalable s'il a déjà fallu recourir à la procédure de recouvrement public et s'il souffre d'un nouveau retard de paiement de plus d'un mois.

[1282] Loi n° 75-618 du 11 juillet 1975, précit., art. 7.

Chapitre 4
Les difficultes de la determination du debiteur: l'exemple du domicile de secours en matiere d'aide sociale

Claire Magord

En 2008, les dépenses brutes d'aide sociale représentaient pour les départements « 29,3 milliards d'euros sur un budget global de 48,4 milliards d'euros soit 60% des dépenses de gestion courante (hors investissement) »[1283]. La part du budget d'un département affectée au financement de l'aide sociale est substantielle, et le contexte actuel de détresse financière des collectivités[1284] ne fait qu'accentuer la tendance de ces dernières à tenter de limiter au maximum les dépenses notamment en matière d'aide sociale.

Le domicile de secours est défini dans la loi du 24 vendémiaire an II comme « le lieu où l'homme nécessiteux a droit aux secours publics ». A l'origine, la détermination du domicile de secours avait un double intérêt : elle permettait à la fois de « rattacher un indigent à un lieu dans un but de police »[1285], mais aussi, dans la logique d'une solidarité « naturelle », d'identifier en sa « communauté de voisinage »[1286], la collectivité tenue de prendre en charge les frais afférents à l'aide qui lui avait été octroyée. L'objectif recherché était déjà d'éviter que les collectivités ne se déchargent les unes sur les autres de leur responsabilité de prise en charge des individus nécessiteux. En 1935, le « volet sécuritaire » de la notion disparait. Dès lors, la notion de domicile de secours en matière d'aide sociale permet exclusivement de déterminer la collectivité débitrice de la prestation. Cette notion est donc au service de l'imputation des dépenses d'aide sociale, et en aucun cas elle ne conditionne l'octroi de l'aide sociale.

Cette notion, son rôle et son utilisation dans le champ de l'aide sociale, vont permettre d'illustrer dans quelle(s) mesure(s) il peut être compliqué,

---

[1283] Les dépenses d'aide sociale en 2008, Etudes et Résultats, janvier 2010, n°714, p.2

[1284] V. en ce sens le Rapport Jamet du 20 avril 2010, disponible au téléchargement sur le site du gouvernement http://www.gouvernement.fr/presse/remise-au-premier-ministre-du-rapport-de-pierre-jamet-sur-les-finances-departementales.

[1285] Michel BORGETTO et Robert LAFORE, Droit de l'aide et de l'action sociale, 7ème éd., Domat-Montchrestien, 2009, p. 205.

[1286] Robert LAFORE, « Organisation générale, Aide et action sociale », Jurisclasseur Administratif, 2007, Fasc. 218-20, p. 12.

malgré l'existence d'un encadrement normatif étendu, d'identifier efficacement le débiteur d'une prestation. Les textes (législatifs et réglementaires) regroupés au sein du Code de l'Action Sociale et des Familles définissent, délimitent, explicitent cette notion de domicile de secours, et l'utilisation qui doit en être faite. Il s'agit d'une notion très ancienne, dont les inconvénients et les risques sont connus[1287].

Au sein du contentieux de l'aide sociale, le contentieux spécifique du domicile de secours, ou de « détermination de la collectivité débitrice » constitue un volet important. Il a d'ailleurs été confié en première et dernière instance à la Commission Centrale d'Aide Sociale[1288], traditionnellement juridiction spécialisée d'appel du contentieux de l'aide sociale.

L'étude des décisions des juridictions de l'aide sociale permet d'illustrer les difficultés d'identification du débiteur d'une prestation. Témoignage de la particularité de ce contentieux, par son fond, et par sa forme, une décision en particulier, rendue par la Commission Centrale d'Aide Sociale servira d'appui aux développements. Il s'agit de la décision du 27 novembre 2008, *M. C.*[1289], « Drôle de décision de justice », conséquence d'une « drôle d'histoire » [1290]

Un bref rappel des faits semble nécessaire : M. C., né en 1964, est depuis sa naissance placé en famille d'accueil. A partir de 1974, M. C. a été hébergé chez Mme V. (puis chez sa fille, Mme L. dès 1999), sur le territoire du département du Puy de Dôme, où il réside encore à la date de la présente décision. Suite à la loi sur la revalorisation des salaires des familles d'accueil, il ne parvient plus par ses propres ressources à régler ses frais d'hébergement à sa famille d'accueil. Il sollicite alors le bénéfice de l'aide sociale à l'hébergement. L'UDAF de Clermont Ferrand, son tuteur légal, constitue le dossier le 3 novembre 2005 et le transmet au conseil général des Hauts de Seine (qui lui avait servi l'Allocation Compensatrice pour Tierce Personne de 1985 à 1990) en avril 2006. Puis jusqu'au 15 mai 2007, le dossier de demande d'aide sociale à l'hébergement va être transmis de service d'aide sociale en service d'aide sociale

---

[1287] On peut notamment évoquer sur ce point les débats quant à l'intérêt même de faire subsister cette notion : Joël SIBILEAU, « Faut-il supprimer le domicile de secours ? », *RDSS* 1965, p.264, et Elie ALFANDARI, Chronique de jurisprudence, Revue de l'Aide Sociale, juillet-septembre 1960, p. 169.

[1288] Noté ici CCAS, v. art. L. 134-3 du Code de l'Action Sociale et des Familles.

[1289] CCAS, M. C., 27 novembre 2008, n°070906, BO CJAS 2009/01, p. 15 à p.20. La jurisprudence de la Commission Centrale d'Aide Sociale est accessible en ligne à partir des sites des ministères de la santé, et de celui du travail, de la solidarité et de la fonction publique. Il convient de préciser que ce choix n'est pas motivé par la volonté de porter un jugement ni sur le comportement des parties, ni sur la qualité de la décision rendue (et donc sur le travail du juge). Toutes les considérations présentées sur ce point le seront à but illustratif. Il ne s'agit en aucun cas de généraliser à l'ensemble des collectivités publiques, ni de laisser entendre que la décision en question répond aux standards des décisions des juridictions spécialisées d'aide sociale ou qu'elle présente un apport particulier à la jurisprudence.

[1290] V. en ce sens les travaux du Professeur ALFANDARI, et Drôle(s) de droit(s) : Mélanges en l'honneur de Elie Alfandari, Paris, Dalloz 2000, notamment les contributions de Michel BORGETTO, « Vingt ans de jurisprudence en matière d'aide sociale : histoires drôles, drôles d'histoire », p. 3 ; et celle de Louis DESSAINT, « Des difficultés liées à la détermination du domicile de secours », p. 241.

entre trois parties : le conseil général des Hauts de Seine, la DDASS des Hauts de Seine, et la DDASS du Puy de Dôme, chacun déclinant sa compétence pour la prise en charge des frais liés à la prestation. L'admission à l'aide sociale à l'hébergement de M. C. « au compte de l'Etat » est prononcée en 2007 par la DDASS des Hauts de Seine, et notifiée le 23 avril 2007 à M. C. Il faut pourtant attendre le 15 mai 2007 pour que le Préfet des Hauts de Seine saisisse la Commission Centrale d'Aide Sociale afin de déterminer la collectivité débitrice de la prestation. Le juge dresse un constat affligé du conflit entre les parties, et constate que le département du Puy-de-Dôme aurait du être mis en cause. Mais la Commission se refuse à le désigner en tant que collectivité débitrice puisque la compétence de l'Etat n'a jamais été remise en cause par les parties, et qu'elle n'est en l'espèce pas compétente pour le faire. La requête du Préfet des Hauts de Seine est rejetée, et celui-ci est enjoint à prendre en charge les dépenses liées à l'aide sociale à l'hébergement de M.C.

Cette affaire, symptomatique, s'inscrit dans un contentieux fourni. Malgré un cadre normatif solide, l'étude des décisions de la Commission Centrale d'Aide Sociale témoigne en effet de tentatives parfois éperdues des collectivités de se soustraire à leur obligation de prise en charge. Le recours au juge est alors indispensable afin d'identifier le domicile de secours, et donc de déterminer la collectivité débitrice de la prestation. L'enjeu réside dans l'imputation au budget d'une collectivité publique d'une dépense d'aide sociale (I). A cet égard, l'encadrement normatif prévu semble insuffisant au regard des comportements des acteurs locaux de l'aide sociale (II)

I. L'enjeu : l'imputation au budget d'une collectivité publique des frais liés à la prise en charge d'une prestation d'aide sociale

Malgré des dispositions législatives laissant aujourd'hui peu de place au doute, on constate qu'il existe un contentieux fourni devant la Commission Centrale d'Aide Sociale[1291] pour déterminer la collectivité débitrice. Les collectivités sont en effet très enclines à contester leur compétence concernant la prise en charge d'une prestation dont l'octroi a été validé par les services d'aide sociale. Pourtant, le droit semble poser des règles d'imputation plutôt claires : les départements sont identifiés par la loi comme étant les débiteurs principaux du droit à une prestation d'aide sociale (A). L'Etat, par le biais de ses services déconcentrés ne conserve qu'une compétence résiduelle (B).

[1291] Compétente en premier et dernier ressort en concernant l'identification du domicile de secours : art. L. 134-3 du Code de l'action Sociale et des Familles.

A. Le département, « chef de file » de l'aide sociale, et premier débiteur des prestations d'aide sociale

Grace au mouvement de décentralisation lancé dans les années 1980[1292] et qui s'est poursuivi dans la première moitié des années 2000[1293], le département est devenu « chef de file » de l'aide sociale, investi de la compétence de droit commun en la matière. Ces transferts de compétences de l'Etat au département se sont accompagnés d'un transfert de financement « équivalent », en principe, aux dépenses engendrées par ces nouvelles missions.

Si le débiteur du droit à une prestation d'aide sociale est identifié, encore faut-il pouvoir déterminer *quel* département prendra en charge le financement d'une prestation.

Afin d'éviter que les collectivités fuient leur obligation de prise en charge des dépenses d'aide sociale, le législateur s'est attaché à poser des règles précises pour déterminer le débiteur de la prestation. L'article L. 121-1 du Code de l'Action Sociale et des Familles dispose ainsi : « Les prestations légales d'aide sociale sont à la charge du département dans lequel les bénéficiaires ont leur domicile de secours, à l'exception des prestations énumérées à l'article L. 121-7 ». La notion de domicile de secours est donc centrale dans le processus de détermination du débiteur. Il s'acquiert par une résidence habituelle de trois mois dans un département postérieurement à la majorité ou l'émancipation[1294]. Ainsi, chaque département doit assumer la charge financière des bénéficiaires de l'aide sociale qui ont leur domicile de secours sur son territoire.

Cette condition de résidence habituelle ininterrompue de trois mois au moins[1295] sur le territoire d'un même département n'est pas toujours remplie, notamment car certains bénéficiaires peuvent être très mobiles. Cette hypothèse est prévue par la loi à l'article L. 122-1 al. 2 : « à défaut de domicile de secours, (les) dépenses incombent au département où réside l'intéressé au moment de la demande d'admission à l'aide sociale ». Il n'existe plus, dans cette situation, de condition de durée.

Se pose alors la question des personnes qui n'ont ni domicile de secours, ni résidence : les personnes sans domicile fixe ou plus largement sans domicile « stable ». Afin de favoriser leur accès aux droits sociaux, les pouvoirs publics ont mis en œuvre pour la première fois en 1998 dans la loi du 29 juillet relative à la

[1292] Loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (loi Deferre), JORF du 3 mars 1982 p. 730 ; Loi 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, et les régions de l'Etat, JORF du 23 juillet 1983, p. 2286 ; Loi 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la Loi 83-8 du 07 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, JORF du 9 janvier 1983 p. 215.

[1293] Loi n°2004-809 du 13 aout 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF du 17 aout 2004. LC n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, JORF du 29 mars 2003 p. 5568.

[1294] Art. L. 122-2 al.1 du Code de l'action Sociale et des Familles.

[1295] CCAS, 2 juin 2000, n°982168, BO CJAS 2000/5.

lutte contre les exclusions[1296] un dispositif de domiciliation. Il a cependant fallu attendre 2007 et la Loi du 5 mars dites « *loi DALO* »[1297] pour que soit consacré un *droit à* la domiciliation pour les personnes dans l'impossibilité de se prémunir d'un domicile stable[1298]. Ainsi, « pour prétendre au service des prestations sociales légales, réglementaires et conventionnelles […] les personnes sans domicile stable doivent élire domicile soit auprès d'un centre communal ou intercommunal d'action sociale, soit auprès d'un organisme agréé à cet effet. […]Le département débiteur de l'allocation personnalisée d'autonomie, de la prestation de compensation du handicap et du revenu de solidarité active […] est celui dans le ressort duquel l'intéressé a élu domicile »[1299].

Comme le note un auteur, « la domiciliation n'est toutefois qu'un critère par défaut. La collectivité débitrice est en premier lieu celle du domicile de secours. En l'absence de domicile de secours, c'est le département de résidence qui supporte la charge des dépenses, avant le département de domiciliation »[1300].

Le département reste l'échelon territorial privilégié de l'imputation des dépenses d'aide sociale. Sans préjuger des compétences restant à la charge de l'Etat en la matière, il semble possible d'avancer que la quasi exclusivité des débiteurs seront des départements. Pourtant, lorsque l'on se penche sur la décision de la Commission Centrale d'Aide Sociale *M.C* de 2008, on constate que les parties en présence se défendant d'être débitrices sont deux préfectures, celles du Puy de Dôme, et celle des Hauts de Seine, soit deux représentants de l'Etat. Notre affaire échapperait donc aux situations couvertes par les dispositifs d'imputation présentés jusqu'ici. Il semble alors indispensable de rechercher les situations qui se détachent de la compétence des départements, et qui restent donc à la charge de l'Etat.

B. La compétence résiduelle de l'Etat pour la prise en charge des frais liés à l'octroi de prestations d'aide sociale légale.

En plus des prestations mises légalement à sa charge par l'article L. 121-7 du Code de l'Action Sociale et des Familles, l'Etat reste compétent pour assumer la prise en charge des frais afférents à l'octroi d'une prestation d'aide sociale dans deux situations.

L'Etat s'est progressivement désengagé de l'aide sociale légale au fur et à mesure de l'avancée du processus de décentralisation. L'article L. 121-7 du Code de l'Action Sociale et des Familles énumère les dispositifs pour lesquels l'Etat

---

1296 Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, JORF du 31 juillet 1998 p. 11679.
1297 Loi 2007-290 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JORF du 6 mars 2007.
1298 Anne REVEILLERE-MAURY, « Le rôle des notions de domicile de secours, de résidence et de domiciliation dans l'imputation des dépenses d'aide sociale », *RDSS* 2007, p. 1066.
1299 Art. L. 264-1 al.1 et 3 du Code de l'action Sociale et des Familles
1300 Anne REVEILLERE-MAURY, *RDSS*, 2007, précit., p. 1066.

est compétent, et combiné à l'article L. 111-3, identifie deux catégories de personnes pour lesquelles il doit prendre en charge les dépenses liées à l'octroi de prestations légales d'aide sociale. Ces deux catégories de personnes sont celles envisagées à l'article L. 111-3 : « Les personnes dont la présence sur le territoire métropolitain résulte de circonstances exceptionnelles et qui n'ont pu choisir librement leur lieu de résidence, ou les personnes pour lesquelles aucun domicile fixe ne peut être déterminé ».

Concernant la première situation, les deux conditions présentées sont cumulatives[1301]. Le Conseil d'Etat s'est prononcé en ce sens en 1995 : « les frais sont à la charge de l'Etat lorsque sont remplies simultanément deux conditions tenant à ce que, d'une part, la venue sur le territoire métropolitain est liée à des circonstances exceptionnelles et à ce que, d'autre part, le choix de la résidence n'a pas été fait librement ». Les personnes concernées peuvent être par exemple des apatrides ou des réfugiés, en transit sur le territoire français[1302].

La seconde catégorie de personne entrainant l'affectation au budget de l'Etat des dépenses liées à l'octroi d'une prestation d'aide sociale sont celles pour lesquelles « aucun domicile *fixe* ne peut être déterminé ». Il faut rappeler ici le dispositif de domiciliation établi par la Loi du 5 mars 2007 dite « Loi DALO ». Toute personne sans domicile *stable* (ce qui englobe les « sans domicile fixe ») a le droit d'être domicilié auprès un centre communal ou intercommunal d'action sociale, ou d'un organisme agréé par le préfet, et les dépenses liées à sa prise en charge par l'aide sociale légale seront assumée par le département sur le territoire duquel se situe l'organisme en question[1303]. Mais cette domiciliation est un droit pour les personnes sans domicile stable. Certains demandeurs d'aide sociale peuvent donc ne pas en avoir, à défaut de l'avoir réclamé.

Dans une décision du Conseil d'Etat du 27 septembre 2006, *Département des Pyrénées Atlantiques*[1304], la haute juridiction devait identifier la collectivité débitrice des dépenses afférentes à l'accueil et l'hébergement d'un jeune autiste dans un établissement adapté à son handicap. La collectivité débitrice devait donc être le département où le bénéficiaire de la prestation avait son domicile de secours, ou bien, sa résidence, ou bien si ce dernier était sans domicile stable, celui où il était domicilié[1305]. Or le jeune adulte vivait avec sa mère aux Etats Unis au moment de la demande d'aide sociale. Il n'avait donc ni domicile de secours, ni résidence sur le territoire nationale, et n'était pas non plus sans domicile stable. Ainsi, « l'intéressé doit être regardé comme dépourvu de

---

[1301] CE 28 juin 1995, n°146431 et CE 9 juin 1997, n°163789.

[1302] Pascal BERTHET, Le contentieux de l'aide et de l'action sociale, ASH, juin 2009, les numéros juridiques, p. 34.

[1303] Art. L. 264-1 al.1 et al.3 du Code de l'action Sociale et des Familles.

[1304]CE 27 septembre 2006, Département des Pyrénées Atlantiques, n°278264, voir en ce sens les conclusions de Christophe DEVIS, « L'admission à l'aide sociale d'une personne dépourvue de domicile de secours et de résidence stable », *RDSS* 2006, p. 1060.

[1305] Au titre du dispositif prévu par la loi de 2007.

domicile fixe [sur le territoire national] », et les dépenses d'aide sociale en cause sont à la charge de l'Etat ».

L'étude des situations donnant lieu à une prise en charge par l'Etat des dépenses d'aide sociale n'est pas véritablement éclairante quant à la compréhension de l' « affrontement » de deux préfectures dans l'affaire *M.C.* Les dépenses d'aide sociale légale sont à la charge du département où le bénéficiaire a son domicile de secours, ou à défaut sa résidence. Par exception, l'Etat est compétent seulement dans deux situations : quand le demandeur est présent sur le territoire national de façon exceptionnelle et sans avoir librement choisi son lieu de résidence, ou lorsqu'aucun domicile fixe n'a pu être identifié, sous réserve d'une éventuelle domiciliation. M. C. semble avoir été accueilli depuis sa naissance soit dans le cadre d'une mesure de placement familial soit d'un hébergement chez un particulier agréé (comme dans un établissement sanitaire et social) au sens de l'article L. 122-2 al. 1er du Code de l'Action Sociale et des Familles. Or, de tels séjours, même de plus de trois mois, n'entraînent pas l'acquisition d'un domicile de secours ni même d'un domicile stable. Il s'agit de ne pas décourager les départements d'octroyer ces agréments à des établissements et des familles sur leur territoire selon des considérations strictement budgétaires. C'est pour cette raison que l'Etat, par l'intermédiaire des préfectures des Hauts de Seine, et du Puy de Dôme, semblait être compétent en l'espèce. C'était sans compter sur la clairvoyance du juge de l'aide sociale.

Le jeu des dispositions normatives offre ainsi aux collectivités publiques un atout de taille : celui de pouvoir mobiliser les règles de droit dans un sens qui leur soit favorable et d'omettre de se référer à celles qui pourraient entrainer leur désignation en tant que collectivité débitrice. Le cadre normatif destiné à permettre l'identification de la collectivité débitrice des frais d'entretien et d'hébergement d'une aide sociale, semble être insuffisamment contraignant et occasionner un comportement calculateur, voire erratique, des potentiels payeurs.

II. L'insuffisance de la contrainte posée par le cadre normatif du domicile de secours

Les dispositions législatives et règlementaires réunies dans le Code de l'Action Sociale prévoient et englobent grand nombre de situations quant à la détermination de la collectivité débitrice d'une aide sociale. Malgré cela, il ressort du contentieux abondant en la matière que l'identification du débiteur n'est pas si simple. L'affaire commentée en atteste : l'impact sur les budgets des collectivités publiques des dépenses d'aide sociale (notamment du fait de la décentralisation) se concrétise par des tentatives manifestes de désengagement (A), au mépris parfois des règles d'imputation les plus élémentaires, comme cela semble être le cas en l'espèce, et de l'atteinte portée à l'effectivité du droit à une prestation d'aide sociale (B).

A. De *singulières* à *illégales* : les tentatives des débiteurs potentiels d'échapper à leur obligation de prise en charge

Les dispositions législatives et réglementaires encadrant l'identification du domicile de secours du bénéficiaire, malgré une certaine complexité, semblent couvrir un large panel de situations. Pourtant l'existence d'un contentieux fourni jette un doute sur ce constat. En fait, les situations dans lesquelles se situent les demandeurs d'aide sociale, et les bénéficiaires, sont rarement simples et limpides. Ainsi, même si dans la majorité des cas, le droit trouve à s'appliquer, certaines situations, à la marge, ouvrent la porte à des interprétations tout à fait originales des règles applicables par les collectivités qui pourraient être désignées comme débitrices.

Dès lors qu'une faille apparaît, ou semble apparaître, les collectivités, en véritables stratèges de l'évitement de la qualité de payeur, vont mobiliser toutes les règles de droit nécessaires à leur défense, en prenant bien soin d'occulter celles dont l'application pourrait les desservir dans la poursuite de leur objectif : faire basculer le poids financier de la prise en charge sur une autre collectivité, département ou Etat. Ce comportement stratégique, assimilable au « jeu du mistigri »[1306] a été encadré par deux dispositifs distincts, selon les acteurs en présence. Ainsi, l'article L. 122-4 du Code de l'Action Sociale et des Familles prévoit que « lorsqu'il estime que le demandeur a son domicile de secours dans un autre département, le président du conseil général doit, dans le délai d'un mois après le dépôt de la demande, transmettre le dossier au président du conseil général du département concerné. Celui-ci doit, dans le mois qui suit, se prononcer sur sa compétence. Si ce dernier n'admet pas sa compétence, il transmet le dossier à la commission centrale d'aide sociale mentionnée à l'article L. 134-2. ». Cet article prévoit donc la passation du dossier de département à département. L'article R. 131-8 du même code encadre le même phénomène lorsque l'Etat est partie, soit qu'il reçoive la demande d'aide sociale et veuille la transmettre, en refusant sa compétence, à un département, soit qu'un département estime que le la situation du demandeur implique la prise en charge par l'Etat des dépenses liées à l'octroi de la prestation. Il revient finalement à la Commission Centrale d'Aide Sociale de trancher, et de déterminer par la recherche d'un domicile de secours la collectivité payeuse.

Or, on peut constater que de nombreuses décisions de la Commission Centrale d'Aide Sociale témoignent de la volonté presque désespérée des collectivités de tenter de préserver leur budget local en contestant leur compétence au motif d'un « rattachement territorial inadéquat »[1307]. Michel Borgetto met en exergue les décisions rendues pour les affaires les plus

---

[1306] Michel BORGETTO, « Vingt ans de jurisprudence en matière d'aide sociale », Histoires drôles, drôles d'histoires, in Drôle(s) de droit(s) : Mélanges en l'honneur de Elie Alfandari, précit p 5 ; « jeu du mistigri », ou « valet de pique », ou « pouilleux », qui consiste à ne pas se retrouver en main à la fin du jeu, avec la carte du « mistigri ».
[1307] Michel BORGETTO, précit., p. 5.

complexes, qu'il qualifie même de « savoureuses » tant les arguments avancés par les collectivités sont parfois alambiqués. Il relève que l'enjeu de ces litiges est souvent en lien avec la nature précaire de la résidence[1308], lorsque celle-ci est difficile à identifier, et que la qualification de domicile de secours nécessaire à l'imputation de la dépense peut être assez subjective ; ainsi en est-il lorsque le demandeur a longtemps été accueilli en établissement sanitaire et sociale1309, ou en famille d'accueil, ou encore lorsqu'il est de nationalité étrangère.

L'étude de ces différentes décisions peut parfois laisser circonspect quant à leur cohérence. Mais dans toutes les situations, le juge cherche à faire coïncider au mieux les faits (parfois confus) et le droit, afin d'opposer aux collectivités en présence la rigueur d'une véritable qualification juridique, et de l'imputation logique qui en découle.

Le jeu des collectivités peut perdre de sa saveur et entrainer l'écœurement du juge de l'aide sociale, comme c'est le cas dans l'affaire de M.C. Les deux parties qui s'affrontent en l'espèce sont deux préfectures. Or la Commission Centrale d'Aide Sociale a déjà eu à le rappeler à plusieurs reprises : « aucune disposition ne donne compétence à la commission centrale d'aide sociale pour statuer sur les litiges d'imputation financière à charge des services extérieurs de l'Etat dans l'un ou l'autre département entre les différents ressorts déconcentrés de l'Etat »[1310]. On ressent à travers l'appréciation du juge, dans l'affaire *M.C.,* une certaine lassitude quant à ce comportement : « il (le préfet des Hauts de Seine) confond comme sans doute la plupart des DASS de France au vu de l'expérience constante sur ce point de la présente commission « direction départementale des affaires sociales » et « collectivité débitrice pour la prise en charge des frais d'hébergement » alors que l'Etat est un […] »[1311]. Michel Borgetto explique cette obstination à tenter le tout pour le tout pour les collectivités publiques par le fait que « compte tenu de la diversité du droit, et surtout de la diversité des circonstances de fait, elles ont en agissant de la sorte, beaucoup à gagner et peu à perdre »[1312]. Mais les collectivités en oublient les principaux intéressés : les bénéficiaires du droit à la prestation dont la réalisation effective dépend de leur comportement.

1308 CCAS, 25 aout 1989, Dép. Marne, CCASEJ, 03-1, p.2 et CCAS, 10 juin 2008, n°071584, CJAS n°2008/05, p. 17, sur la recherche d'un domicile de secours pour des personnes membres de la communauté « des gens du voyage ».

1309 CCAS, 7 novembre 2008, n°060242, CJAS n°2008/06, p. 3, le préfet de la région Ile de France tente le tout et pour tout, en contestant la décision de la Commission d'admission à l'aide sociale (qui le désigne débiteur d'une prise en charge d'aide sociale à l'hébergement pour personnes âgées) au motif que la bénéficiaire de la prestation, sans domicile fixe, a séjourné sur une longue période dans une résidence de santé et qu'elle y aurait donc acquis un domicile de secours. Le Préfet méconnait ouvertement les dispositions de l'article L. 122-2 al. 1er du Code de l'action Sociale et des Familles sur l'exception à l'acquisition d'un domicile de secours par un séjour même long dans un établissement sanitaire et social.

1310 CCAS 10 juin 2008 n071308, BO CJAS n°2008/05 p. 9.

1311 CCAS, M. C., 27 novembre 2008, n°070906, précit, p. 18.

1312 Michel BORGETTO précit. p. 7.

B. Les conséquences en termes d'effectivité du droit à une prestation d'aide sociale

L'indiscipline des collectivités publiques face à l'interprétation et l'application des règles de droit pour déterminer le débiteur de la prestation peut parfois faire sourire mais seulement si elle « ne porte pas vraiment atteinte aux droits des bénéficiaires »[1313].

Plusieurs décisions témoignent du fait qu'il en va parfois différemment. Les bénéficiaires peuvent être victimes de ces recours entre collectivités si la procédure suspend ou repousse la réalisation effective du droit à la prestation. Ils peuvent également pâtir de l'irrespect par les personnes publiques de leurs obligations procédurales. Le Conseil d'Etat a ainsi été amené à reconnaitre qu'en cas d'absence de saisine de la Commission Centrale d'Aide Sociale afin d'identifier le domicile de secours du demandeur (dans le respect des procédures prévues aux articles L. 122-4 et R. 131-8), elle doit pallier la carence des collectivités en se prononçant sur la question[1314].

Mais cette possibilité n'est envisageable que si la Commission Centrale est saisie d'une requête. Dans l'affaire *M.C.,* plus de trois ans se sont écoulés entre le dépôt de la demande de prise en charge à l'aide sociale à l'hébergement et la décision de la juridiction d'aide sociale. M. C. a du attendre un an et demi pour que lui soit notifiée la décision de son admission à l'aide sociale à l'hébergement. Plus d'un an et demi après son admission, soit à la date de la décision de la Commission en 2008, M. C. ne bénéficiait toujours pas de la prestation à laquelle il a droit.

Dans la décision *M.C.,* le rôle que se donne le juge n'est pas limité à la détermination de la collectivité compétente. Il semble tenter désespérément de rappeler aux parties l'enjeu du litige : bien plus que l'identification de celui qui doit payer, c'est l'absence de réalisation du droit reconnu à M. C. qui le préoccupe. M. C., dont le droit à une prise en charge de ses frais d'hébergement en famille d'accueil a été reconnu, s'en voit pour autant priver du bénéfice effectif. En effet, la procédure en cause voit s'affronter des collectivités publiques qui refusent chacune de prendre en charge les dépenses afférentes à cette prestation. Pendant la durée de ce contentieux, aucune somme n'est versée à M. C. ou même à sa famille d'accueil. M. C. doit donc financer par ses propres ressources les frais de son placement chez Mme L. ; le droit de prise en charge par les services d'aide sociale de ses frais d'hébergement qui lui a été reconnu ne donne pas lieu à une réalisation concrète. Le contentieux de détermination de la collectivité débitrice en matière d'aide sociale peut entrainer la privation temporaire, ou plutôt le report pour le titulaire du droit à sa réalisation

---

[1313] *Ibid.* p. 7.

[1314] CE, 27 juin 2005, Mme Gabbi et autres, voir en ce sens les conclusions de Jacques-Henri Stahl, « La détermination du domicile de secours dans le cadre de l'article L. 122-4 du Code de l'action Sociale et des Familles : l'étendue de la compétence du juge », *RDSS* 2005, p. 793.

effective. En l'espèce la volonté éperdue des collectivités d'échapper à tout prix à leur statut d'éventuel débiteur de la prestation d'aide sociale, dans le non respect des procédures légales, « met en péril »[1315] le droit au bénéfice de la prestation qui a pourtant été reconnu à M.C.

Le juge estime « qu'il serait contraire à l'office du juge dans un contentieux « social » de ne pas attirer l'attention des différents services concernés sur le caractère à tout le moins sérieux des dysfonctionnements du service administratif d'aide sociale [...]». Une telle mention dans une décision de justice est assez surprenante, mais elle vient confirmer l'engagement de différents acteurs de l'aide sociale pour l'amélioration du droit des usagers. Les dysfonctionnements administratifs, pré-contentieux et contentieux[1316] de l'aide sociale sont régulièrement dénoncés comme autant de confirmations de l'affirmation de Pierre Henri Imbert « droit des pauvres, pauvre droit ». La particulière vulnérabilité des demandeurs d'aide sociale nécessiterait à l'inverse que l'on s'attache à « énoncer des droits, de façon raisonnablement intelligible ; des droits assortis d'un minimum de sécurité juridique ; et des droits justiciables »[1317].

Pour citer cet article

Claire Magord, « Les difficultés de la détermination du débiteur : l'exemple du domicile de secours en matière d'aide sociale », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012
http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/les-difficultc3a9s-de-la-dc3a9termination-du-dc3a9biteur1.pdf

---

[1315] Utilisée par le juge dans le premier considérant de la décision de la Commission Centrale d'Aide Sociale *M.C.*

[1316] Jean-Michel BELORGEY, « L'impossible mission du juge de l'aide sociale », *RDSS*, 2007, n° 3, p. 493.

[1317] *Ibid.*, p. 493.